# الأموال العامة:
# جدلية العلاقة بين الحماية و التنمية
## دراسة مقارنة.

د. مهند مختار نوح.
كلية القانون – جامعة قطر.

## المقدمة

## Introduction

### أولاً – طرح المشكلة:

لقد سادت قاعدة عدم المساس بالمال العام، وعدت على الدوام إحدى أهم المباديء المسلم بها، ليس في منظومة القانون العام فحسب، إنما في المنظومة القانونية كلها السائدة في العالم العربي، وفرنسة ومقتضى هذه القاعدة، أنه لا يجوز التصرف بالمال العام، وذلك لأنه من مقتضى التصرف به إثقاله بحق من الحقوق العينية، وهو ما يعني من حيث النتيجة تكريس المال العام لمصلحة الغير بشكل أو بآخر، وهو ما لايجوز، لأن في ذلك إخراجاً لهذا المال عن دوره الوظيفي، وهو المتمثل في كونه مخصصاً لاستعمال العموم، أو مخصصاً لحسن سير المرافق العامة بانتظام و اطراد.

وقد تبنت القوانين في العالم العربي هذا المبدأ نقلاً عن المشرع الفرنسي، الذي تبناه أولاً في القانون المدني، وذلك قبل أن يتبلور مفهوم ملكية الأشخاص العامة Propriété des personnes publiques في فرنسا، والذي كان من نتائجه صدور تقنين ملكية الأشخاص العامة سنة ٢٠٠٦، والذي تبنى بدوره هذا المبدأ.

وقد كان لهذا المبدأ من الناحية التأصيلية شرعية تاريخية قوية في فرنسا، تعود إلى أيام الملكية حيث كان أول ظهور لهذا المبدأ في القرن الرابع عشر الميلادي تحديداً، وقد ظهر هذا المبدأ أولاً في سبيل حماية أموال التاج، ثم تطور بعد الثورة الفرنسية، ليكون دوره الوظيفي حماية أموال الأمة، ثم تطور وتوضحت غاياته مع بدايات القرن العشرين، بحيث أصبح هذا المبدأ يهدف حماية الأموال المخصصة لاستخدام العموم، ولسير المرافق العامة.

ونتيجة لذلك فقد كان مجلس الدولة الفرنسي الحارس الأمين على تطبيق مبدأ عدم المساس بالمال العام، حيث طبقه بجمود، وجعل التجاوز عليه محرما من

المحرمات، وإن هذا الجمود في تطبيق مبدأ عدم المساس أدى من حيث النتيجة إلى جملة من النتائج الهامة، تمثلت بشكل عام في توسيع الوجود الموضوعي و القانوني للمال العام عن طريق آليات محددة ابتكرها هذا المجلس ذاته، إلا أن النتيجة الكبرى التي نجمت عن ذلك تتمثل في تجرد المال العام عن القيمة الاقتصادية، وليصل الحال نتيجة التطبيق الجامد للمبدأ إلى وجود ثروة هائلة في ذمة الأشخاص الاعتبارية العامة تتمثل في كتلة المال العام، إلا أن هذه الثروة بقيت حقبة من الزمن بمعزل عن التنمية العامة، وبعيدة عن تنمية الذمة المالية للأشخاص العامة ذاتها.

إن هذا الوضع، هو الذي قاد الفقه الفرنسي إلى توجيه سهام النقد العنيف إلى مبدأ عدم المساس ذاته تارة، و إلى تطبيقه الجامد تارة أخرى، علماً أن تباشير ذلك كانت قد بدت منذ بدايات القرن العشرين، حيث وقف عدد من أعمدة الفقه الفرنسي آنذاك في مواجهة المبدأ ذاته أو تطبيقه الجامد، واقترحوا آليات للحد من جموده، أو حتى لإلغاء تطبيقه. وقد تطور ذلك لدى فقه العقد الأخير من القرن العشرين، حيث برزت الدعوات لادماج المال العام ضمن عجلة التنمية والاستثمار، وعدم بقائه قيمة اقتصادية معطلة، وهو ما سمي بالمضمون الاقتصادي للمصلحة العامة التي يمثلها المال العام.

إن هذه الدعوات الفقهية لإعطاء المال العام مضموناً اقتصادياً يجعله مشاركاً في عجلة الاستثمار والتنمية، هي التي دفعت المشرع الفرنسي إلى التدخل نحو التوفيق بين حماية المال العام عن طريق عدم المساس به من جهة، وإمكانية المساس به عن طريق إباحة نمط من التصرفات القانونية التي من شأنها إنشاء حقوق عينية على علاقة مع هذا المال من جهة أخرى، ومن ثم يكون المشرع الفرنسي قد وفق بين متطلبات حماية المال العام من جهة، ومتطلبات وضعه موضع التنمية من جهة أخرى، وهو الأمر الذي أثار مدى دستورية هذا التدخل التشريعي، وفيما إذا كان مبدأ عدم المساس بالمال العام يمثل مبدأ دستوريا لايجوز للمشرع أن يخالفه، وهذا الوضع دفع المجلس الدستوري الفرنسي إلى التدخل ليقرر

صراحة أن مبدأ عدم المساس لا يتمتع بالقيمة الدستورية ويجوز للمشرع أن يسن التشريعات التي من شأنها أن تغير من مضمونه،مع الحفاظ على المتطلبات الدستورية المتعلق بحسن سير المرافق العامة ( التي تخصص الأموال العامة لها) من جهة، والحفاظ على الوجود الدستوري للملكية العامة من جهة أخرى. وهو ما مثل تدخلاً تاريخياً، غير من المضمون القانوني والدستوري للأموال العامة بشكل هام.

وإضافة إلى ما تقدم، فإن دخول فرنسا ضمن إطار الوحدة الأوربية جعل المنظومة القانونية الفرنسية خاضعة لمتطلبات المشرع الأوربي منذ عقود، ومتطلبات ما تقرره محكمة العدل الأوربية من مباديء قانونية، وقد كان توجه هاتين المؤسستين الأوربيتين على الدوام نحو تخفيف القيود على التصرف بالمال العام، ولاسيما أن الأنظمة القانونية الأوربية المقارنة ( انكلترة و ألمانيا)، لا تعرف مثل هذا الجمود المحيط بالأموال العامة كما هو الوضع في فرنسا.

إن هذه العوامل جميعها هي التي نقلت فلسفة المال العام في فرنسا من نطاق الآليات القانونية الجامدة التي تقضي بعدم المساس به، إلى آليات قانونية أكثر مرونة بكثير تبيح المساس به، وذلك توصلاً إلى تحقيق هدف جوهري هو إيجاد دور وظيفي جديد للمال العام، إضافة إلى دوره التقليدي، ألا وهو المتعلق باستثمار المال العام، ومساهمته في عجلة التنمية، وهو ما أصبح يعرف بالوظيفة الاقتصادية للمال العام.

ومن جهة أخرى، ولوضع هذا المال موضع المساس، فإن هناك تصرفات قانونية قننها المشرع الفرنسي، وجعلها التصرفات الحصرية للمساس بالمال العام، وهذه التصرفات إما أن تكون انفرادية أو عقدية، وأطلق عليها المشرع الفرنسي تسمية ( أسناد إشغال المال العام)، والتي لم تكن بدورها مفهوماً قانونياً جديداً في البنية القانونية في فرنسا والعالم العربي، إلا أن قابلية المال العام للمساس نتيجة التوجهات الحديثة، هو الذي جعل لها دوراً وظيفياً جديداً، وخصائص قانونية محددة.

## ثانياً- أهداف البحث:

إن الأهداف التي يسعى البحث إلى تحقيقها تتمثل فيما يلي:

١- بيان ماهية عدم المساس بالمال العام، وتأصيله، في سبيل التوصل إلى ماهيته القانونية الواضحة.

٢- البحث في الآثار التي أدى إليها التطبيق الجامد لمبدأ عدم المساس من قبل القضاء الإداري الفرنسي خصوصاً.

٣- بيان العوامل التي أدت إلى النقلة التاريخية الكبرى في القانون العام، والمتمثلة في الانتقال من عدم المساس بالمال العام إلى إمكانية المساس به.

٤- بيان النظام القانوني للأسناد القانونية التي يمكن المساس بالمال العام من خلالها، سواء أكانت إنفرادية أم عقدية، وبيان نظامها القانوني وخصائصها.

٥- بيان موقف المشرع القطري والسوري من إمكان المساس بالمال العام، وبيان الآليات القانونية التي تبناها القانون في سبيل ذلك في كل من هاتين الدولتين.

## ثالثاً- منهج البحث:

١- المنهج المقارن: سيتم طرح مقولات البحث، ضمن النظام القانوني السائد في ثلاث دول، هي فرنسة، و سورية وقطر.

٢- المنهج التأصيلي التاريخي: حيث سيتم تأصيل بعض مفاهيم البحث الأساسية من الناحية التاريخية ، في سبيل بيان ماهيتها أولاً، وفي سبيل التوصل إلى رصد تطورها القانوني ثانيا، وذلك في ضوء المستجدات التشريعية و القضائية.

٣- المنهج النقدي: لأننا سنقوم بإبراز الإيجابيات و السلبيات التي تتضمنها الأنظمة القانونية محل المقارنة، ووزنها بميزان المنطق القانونيي، وإبراز آرائنا بشأنها.

٤- منهج تحليلي – تركيبي حيث سنقوم بالغوص في جزئيات المشكلة محل البحث، ثم ترتيبها في نسق فكري قانوني واحد، في سبيل التوصل إلى النتائج و التوصيات التي يسعى هذا البحث إلى تقديمها.

**رابعاً – خطة البحث:**

سنقوم بتقسيم هذا البحث إلى مبحثين، نتناول في الأول منهما مبدأ عدم المساس ( متطلبات الحماية)، وفي الثاني منهما التصرفات القانونية المنشئة للحقوق العينية ( متطبات المساس)، وذلك كمايلي:

## المبحث الأول

## مبدأ عدم المساس بالمال العام

## ( متطلبات الحماية)

لقد هيمن مبدأ عدم المساس على النظام القانوني للمال العام لزمن طويل، وقد مر هذا المبدأ حتى استقر بصيغته الحالية بتطور طويل في فرنسا ثم تسرب إلى التشريعات العربية ومنها التشريع السوري والقطري، وقد حال هذا المبدأ تاريخيا دون إيجاد قيمة اقتصادية لهذا المال، و لاسيما مع توسع آثاره التي قام عليها و حرسها القضاء الإداري الفرنسي ( المطلب الأول)، ومن جهة أخرى فإن هذا الميراث التاريخي المتعلق بحرمة المال العام وعدم إمكانية المساس به ووضعه في إطار التنمية الاقتصادية كان موضع نقد عنيف من الفقه الفرنسي، ومثار تدخل المجلس

الدستوري الفرنسي ليحدد دستورية المساس بالمال العام، والقيمة الدستورية لحمايته، كما كان مثار تدخل القضاء الأوربي الذي انتقد جمود قاعدة عدم المساس، وعدم توافقها في معطياتها الجامدة مع حرية التجارة والصناعة التي تعد الركن الركين الذي قامت عليه الوحدة الأوربية، وأمام كل هذه المعطيات اضطر المشرع الفرنسي لإباحة المساس بالمال العام عن طريق تصرفات قانونية معينة، كاسرا بذلك حظرا تاريخيا كان مفروضا في هذا الإطار ( المطلب الثاني).

## المطلب الأول

## ماهية مبدأ عدم المساس بالمال العام

وندرس في هذا المطلب تأصيل مبدأ عدم المساس في الأنظمة القانونية الثلاثة محل المقارنة ( الفرع الأول)، ثم ننتقل لدراسة الآثار الهامة الناجمة عن هذا المبدأ ( الفرع الثاني):

### الفرع الأول

### تأصيل مبدأ عدم المساس

إن مبدأ عدم المساس principe d'inaliénabilité يعني حظر أي تصرف في ملكية المال العام بأي شكل كان[1]، ومن ثم عدم إمكانية تأسيس أي حقوق عينية عليه لفائدة الغير، مشابهة لتلك التي توجد في القانون الخاص، مما ينتج عنه أن الانشاءات التي قد يقيمها الأفراد على أجزاء من المال العام تكون غير منتجة

[1] - Douence.M, L'inaliénabilité du domaine public, De la nécessité de revoir la règle de l'indisponibilité des dépendances domaniales entre personnes publiques AJDA ٢٠٠٦ p. ٢٣٨.
- Moysan.H, Le droit de propriété des personnes publiques, L.G.D.J, Paris, ٢٠٠١, p١٠٣.

لدائني هؤلاء تأمينات عينية ولاسيما تلك المتعلقة بالرهون[1]، كما أنه لايجوز تجاهل هذا المبدأ عن طريق إدراج شروط عقدية تقضي بذلك[2]، وقد قضى مجلس الدولة الفرنسي أن كل شرط من هذا القبيل يكون باطلاً، وإن مبدأ عدم المساس يعد من النظام العام، وهو الأمر الذي يملك القضاء الإداري إثارته من تلقاء ذاته، دون حاجة إلى دفع من الأطراف بذلك [3]، وبناء على ذلك، فإن مبدأ عدم المساس هو الذي ينتج نمطا خاصاً لملكية الأشخاص الاعتبارية العامة[4]، بحكم أنه المفهوم المركزي ضمن النظام القانوني للأموال العامة[5].

لذلك فقد رأى بعض الفقه الفرنسي أن مبدأ عدم المساس غير قابل للانفصال عن ماهية المال العام، وهذا المبدأ في حد ذاته يشكل الشرط لوجود مثل هذا المال، وفي ذلك يقول الأستاذ Chapus : ( يوجد مال عام حيث توجد أجزاء من المال العائد للإدارة متأثرة بعدم المساس)[6].

وفي الحقيقة إن مبدأ عدم المساس كآلية قانونية متلازمة مع وجود المال العام ذاته، إنما يقوم على شرعية تاريخية قوية، تلك الشرعية التي تزامنت في الوجود مع

---

[1] - Juen,Ph, La compatibilité du principe d'inaliénabilité avec la constitution de droits réels, RDI ٢٠٠٠ p. ١٢١.

[2] - De Montecler.M.Ch, Illicité d'une clause contratractuelle méconnaissant le principe d'inaliénabilité du domaine public, A.J.D.A, ٢٠١١, p٩٢٥.

[3] - C.E, ٤-٥-٢٠١١ , Communaute de communes du Queyras, A.J.D.A, ٢٠١١, p٩٢٦.

[4] - Moysan.H, op.cit, P١٠٢.

[5] - Braconnier. S, Les BEA et AOT constitutives de droits réels, La Semaine Juridique. A.C.T, n° ٥١-٥٢, ١٩ Décembre ٢٠١١, P.٢٣٩٥

[6] - 'il « existe un domaine public dans la mesure où existent des dépendances domaniales frappées d'inaliénabilité», v. René Chapus, Droit administratif général, ١٢e éd., Montchrestien, t. ٢, Paris, ١٩٩٨, n° ٥٠٢, p. ٤٠٧.

المال العام ذاته[1]، فهذا المبدأ ولد مع أمر ١٥٦٦/٢/١٥، والمعروف بأمر Moulins والمتعلق بعدم جواز المساس بأملاك الملك[2].

ولكن أمر Moulins لم يحمل في مضمونه إلا بلورة لأفكار سابقة عليه تاريخيا، حيث كان له وجود تاريخي قبل ذلك، وضمن تدابير مختلفة، في إطار ما أطلق عليه في تاريخ القانون العام ( أمر الحقل الكبير L'ordonnance de long champ)، والصادر في ١٣١٨/٧/٢٩، كما طرح في عصر تشارلز الخامس سنة ١٣٨٤، وكذلك تضمنه أمر فرانسوا الأول الصادر في ١٥٣٩/٦/٣٠[3].

وقد كان مقتضى أمر Moulins عدم المساس في مواجهة السلطات الأجنبية كما داخل المملكة، أي في مواجهة الدول الأخرى، وبناء على ذلك، فإن هذه القاعدة المتعلقة بعدم المساس تحظر التجاوز على الاقليم الفرنسي لصالح أطراف أجنبية،

---

[1] - Boulet – Sautel.M, De Chopin à Proudhon : Naissance de la notion moderne de domaine public, Droit, n°٢٢, ١٩٩٥, p٩١.
- Morand-Deviller.J, Cours de droit administratif des biens, Montchrestien, Paris, ١٩٩٩, p١٢.

- Bernard.S, La recherche de la rentabilité des activité publiques et le droit administratif, L.G.D.J, Paris, ٢٠٠١, P٢٢٤.

[2] - Douence.M, op.cit, p. ٢٣٨.
- Morand-Deviller.J, Op.cit, p١٣.

[3] - Bourrachot.F, La liberté des personnes publiques de disposer de leurs biens, R.F.D.A, ٢٠٠٣, P١١١٠.
Lavialle. Ch. La constitution de droits réels sur le domaine public de l'Etat. R.F.D.A, ١٩٩٤, P١١٠٧.
- Pauliat.H, Droit réel et propriété publique : Une conciliation délicate, D, ١٩٩٥, p.٩٧.

- Jeun,Ph, op.cit, P١٢٢.
- Bernard.S,op.cit. p٢٢٤.

ومن ثم يستحيل على ملك فرنسا أن يتنازل عن جزء من إقليم الدولة لصالح سيادات أخرى أجنبية، حتى بسبب الهزيمة العسكرية، وذات المبدأ يحظر توزيع أو تجزئة المال العام، وإن كان أمر Moulins ينص على بعض الاستثناءات[1].

وعلى هذا الأساس فقد كان ملوك فرنسا في ظل النظام القانوني القديم والسابق على الثورة يقسمون على إلزام أنفسهم بعدم التنازل عم أموال التاج[2]. وهو ما كان يعني من حيث النتيجة أن الملك لم يكن يتمتع إلا بحق استعمال Droit d'usage على أموال التاج[3]، وأن الأموال المنقولة وغير المنقولة التابعة للتاج تكون غير قابلة لأن تباع وأن تمنح أو أن تثقل برهون[4].

وإن الغاية الحقيقة من مبدأ عدم المساس عندما تشكل ضمن هذه الظروف التاريخية إنما تتمثل كما يرى جانب من الفقه الفرنسي في حماية أموال الملك من

---

[1] - وهذه الاستثناءات تتعلق بالإقطاعات المقدمة للأبناء من غير الابن البكر من العائلة الملكية، والتنازل عن الدومينات الصغيرة، والتنازل لضرورات الحرب، راجع:

-Bernard.S,op.cit. p٢٢٤.

- Morand-Deviller.J, Op.cit, p١٣.

[2] - إن إدراج شرط عدم المساس بمال التاج كان يدرج ضمن قسم الترسيم عند تولي العرش، وإن أول من أدرج هذه الشرط ضمن القسم هو الملك تشارلز الخامس CharlesV ، يراجع في ذلك:

– Leyte.G, Domaine et dominalité publique dans Le France médiévale c XLLE –XVE siècles, Thèse, Paris.II, ١٩٩٣, p٤٠٧.

- Morand-Deviller.J, Op.cit, p١٣.

[3] - Bezzina.A, Ch, Marcel Waline et la théorie du domaine public : les prémonitions des notes d'arrêts ; RFDA ٢٠١٤ p. ١٥١

[4] - Brouant.J.Ph, Domaine public et libertés publiques instrument garantie ou atteinte? Petites Affiches ; ١٥\٧\١٩٩٤ ; n°٨٤,pp٢١ et ٢٢.

الإسراف والتبذير، ومن شراهة جباة الضرائب[1]، ويحسبان أن هذه الأموال مصدرا لدخل الملك[2]، ويجب أن يعيش منها كما كل السادة، وأن لا يلجأ للضريبة في سبيل ذلك إلا في حالة الأوضاع غير العادية[3].

وقد تكرس هذا المبدأ تاريخيا، في ظل النظام القانوني الفرنسي القديم، لدرجة أنه أصبح مرتبطا بتقديس الملك، وهو في حقيقته يضع قيدا على أهلية الملك في التصرف بأموال التاج[4]. ويلاحظ أن مبدأ عدم المساس بأموال التاج طبق على كل الأموال الداخلة في إطار أموال التاج، وبغض النظر عن التمييز المعروف اليوم بين المال العام والمال الخاص للإدارة[5].

وبعد قيام الثورة الفرنسية، فإن مبدأ عدم المساس الموروث من الحقبة ما قبل الثورية، ظل موجوداً، ولكن ضمن القوالب القانونية الثورية، فقد نصت المادة ٨ من مرسوم ١١/٢٢ و ٢/١ لسنة ١٧٩٠ على أن ( الأملاك الوطنية يمكن أن تباع، وأن يتم التنازل عنها على أساس دائم و راسخ..)[6]. إلا أن هذا النص نفسه جاء فيه: ( ..إن الحقوق التي توجد على هذه الأملاك تظل غير قابلة للمساس إلا برضا الأمة و موافقتها..)[7].

---

[1] - Bourrachot.F, op.cit ; p ١١١٠.

[2] - Jeun.Ph, op.cit, p١٢٧.

[3] - Jeun.Ph,ibid, p١٢٢.

[4] - Jeun.Ph,ibid, p١٢٢.

[5] - Jeun.Ph,ibid, p١٢٢.

[6] - Bourrachot.F, op.cit ; p ١١١٠.

[7] - Les domaines nationaux peuvent être vendus et aliénés à titre perpétuel et incommutable..

- Les droits qui en dépendent sont inaliénables sans consentement et le concours de la notion..

وعلى هذا الأساس فإن الفقه الفرنسي يرى أن هذه الأحكام الواردة في الفترة الثورية كرست مبدأ عدم المساس، وإلا لما كانت هناك حاجة للجوء إلى إرادة الأمة ليتم المساس بها[1].

وواصلت قاعدة عدم المساس مسيرتها التاريخية، في القرن التاسع عشر، وضمن المادة ٧ من أمر مجلس الشيوخ المؤرخ في ١٨٥٢/١٢/١٢ المتعلق بمخصصات التاج، ثم قننت في المادة ٥٤١ من القانون المدني، و تمت استعادتها تشريعيا ضمن المنظومة التشريعية للقانون الإداري في المادة ٨١ من تقنين الدومين العام للدولة لسنة ١٩٥٧، ثم المادة ل. ٥٢ من تقنين الدومين العام للدولة الصادر سنة ١٩٦٢، و التي نصت بوضوح على أن: ( الأموال العامة تكون غير قابلة

---

[1] - Jeun.Ph, op.cit,p ١٢٢،
- Lavialle.Ch, op.cit, p١١٠٨.
ولكن هناك بالمقابل بعض الفقه الذي يقول إن المادة ٨ من مرسوم ١١/٢٢ و ١/ ٢ ١٧٩٠ ، كانت قد ألغت مبدأ عدم المساس، وأن المفهوم من المادة المذكورة أن المال العام أصبح قابلاً للمساس مع ترخيص المشرع، وهو ما يعطي الأمة حرية كبيرة في التصرف بأموالها، وبيعها، وتوزيعها، ويضرب هذا الجانب من الفقه مثلا على ذلك، بأن لوازم أول تلسكوب فلكي في مدينة ليون والمنصوب في كلية Jésuite de Trinité صار مالا وطنيا، وتم توزيعه على المواطنين المستحقين، مع اعترافهم بأن ذلك أدى إلى مشكلة تتعلق بوضع معيار لكيفية تحديد واختيار ( المواطنين المستحقين)، راجع:
Bourrachot.F, op.cit ; p ١١١٠.
ولكن في تقديرنا أن هذه القاعدة قد كرست مبدأ عدم المساس، لأنه لو لم تقم المادة بهذا الدور التاريخي، والمتعلق بتكريس المبدأ، لما وصل المبدأ إلى القانون المدني الفرنسي، ومن ثم إلى التقنينات المتعلقة بالأموال العامة التي وضعت في القرنين العشرين والواحد والعشرين كما سيتبين لنا في هذا البحث.

للمساس أو التملك بالتقادم..)، واستقر هذا المبدأ نهائيا بالنسبة للأموال العامة للجماعات المحلية في المادة ١٣١١-١ من التقنين العام للجماعات المحلية، والمادة ١٣١١ ١ أيضا من التقنين العام لملكية الأشخاص العامة رقم ٢٠٠٦ -٤٦٠ تاريخ ٢٠٠٦/٤/٢١.[١]

وإذا كان هذا هو الأصل التاريخي لمبدأ عدم المساس، إلا أن تحديد مفهوم المال العام، وتأطير مبدأ عدم المساس نظريا كان من قبل الفقيه Proudhon وهو أحد فقهاء القرن التاسع عشر، والذي استوحى أفكاره من القانون الروماني، ولاسيما من حيث التفرقة بين مايكون ( ضمن مجال التجارة ومن ثم يكون محلا للملكية)، وذلك الذي لا يكون ( ضمن مجال التجارة ومن ثم لا يعد محلا للملكية)، وبالنتيجة لهذه التفرقة فإن المال العام هو ذلك الذي لايكون خاضعا لحق الملكية وغير متجاوب مع هذا الحق أساسا، إنما يخضع لنوع من حق ( الحماية)، لذلك انتهى هذا الفقيه إلى القول: ( مجال الملكية يكون منتميا لصاحبه مباشرة، في حين أن مجال المال العام لايكون بالنسبة للحكومة إلا مجالا للحماية Domaine de protection ، وهذا الحق الذي تملكه الحكومة في الحماية إنما يكون في سبيل ضمان حق كل الأفراد في التمتع بهذا المال إذا كانوا بحاجة إليه[٢].

وفي الحقيقة إن أفكار الفقيه Proudhon هي التي تفسر لنا سبب التسمية التاريخية لنوعي أموال الإدارة، إذ من المعروف أن أموال الإدارة تقسم إلى (مجال) خاص Domaine privé و(مجال) عام Domaine public ، ويوجد حق الملكية وفقا للفقيه Proudhon ضمن المجال الخاص، أما ضمن المجال العام فلا يوجد حق ملكية للحكومة، وإنما حق رقابة وحراسة في سبيل التوصل إلى

---

[١] - Jeun.Ph,ibid, p.p. ١٢٢ et ١٣٢.

[٢] - Hubrecht.H, Faut-il définir le domaine public et comment ? Méthode énumérative et méthode conceptuelle, AJDA ٢٠٠٥ p. ٥٩٨.

حمايتها[١]. وفي سبيل تمييز المجال الخاص عن المجال العام، والأموال الخاصة عن الأموال العامة، فقد أورد الفقيه Proudhon مبدأ عدم المساس ومبدأ عدم قابلية المال العام للتقادم، والذي يخضع لهما المجال العام المتعلق بالأموال العامة و لا يخضع لهما المجال الخاص المتعلق بالأموال الخاصة[٢].

ولكن ما يلفت النظر حقا بالنسبة للبنية القانونية الفرنسية، أنه على الرغم من هذا التاريخ الطويل لمبدأ عدم المساس بالأموال العامة، فإنه لم يوجد تعريف تشريعي قط لهذا المبدأ[٣]،كما يلاحظ أن المشرع الدستوري لم يقم بهذا الدور أيضا في الحالات التي عرضت عليه بهذا الشأن كما سوف نرى في هذا البحث[٤]، وإذا كان أمر التعريف متروك لمجلس الدولة بحسبانه الحارس الحقيقي للأموال العامة[٥]، إلا أن مجلس الدولة الفرنسي قد اكتفى بالإشارة إلى المبدأ، والنتائج المترتبة عليه، دون تعريفه في حد ذاته والتطرق إلى مضمونه[٦].

---

[١] - Bezzina.A.CH, op.cit, p١٥١.

[٢] - Lavialle.Ch, op.cit, p١١٠٧.

[٣]- حيث يلاحظ أن المشرع الفرنسي قد اكتفى بالإشارة في المادة ١٣١١ – ١ من تقنين مليكة الأشخاص العامة الصادر في ٢٠٠٦/٧/١، إلى أن المال العام غير قابل للمساس به ولا التملك بالتقادم، وكذلك الحال فقد وردت مادة تحت نفس الرقم في التقنين العام للجماعات المحلية وأوردت ذات الحكم بالنسبة للأموال العامة العائدة للجماعات الإقليمية. ومن ثم فإن المشرع قد أورد النتائج الناجمة عن مبدأ عدم المساس ولم يحدد ماهية عدم المساس.

[٤] - Jeun.P, op.cit , p١٢٥.

[٥] - Jeun.P, ibid, p١٢٥.

[٦]- حيث ردد مجلس الدولة على الدوام نتائج مبدأ عدم المساس مثل بطلان التنازلات على الأموال العامة، وعدم قابلية اكتسابها بالتقادم، وحظر تملك المال العام من قبل الغير، وتناقض النظام القانوني للأموال العامة **مع مفهوم الملكية المشتركة**، راجع على سبيل المثال:

foncière, A.J.D.A, préservatrice C.E , ١١-٢-١٩٩٤, Compagnie d'assurance ١٩٩٤, P٥٤٨. Note Jean Dufau.

أما من حيث المجال الشخصي لمبدأ عدم المساس، فإنه دون ريب يطبق في إطار علاقات الإدارة مع أشخاص القانون الخاص، إلا أن الفقه الفرنسي اختلف بشأن تطبيقه في إطار علاقات أشخاص القانون العام فيما بينها، إذا كانت هذه العلاقات القانونية تتعلق بالمال العام المملوك لأحد هذه الأشخاص، حيث ذهب جانب من الفقه للقول إلى أن مبدأ عدم المساس لايطبق في إطار العلاقة بين الأشخاص الاعتبارية العامة، ويطبق فقط في إطار العلاقة بين الأشخاص العامة، وأشخاص القانون الخاص، وذلك على أساس أن منطق العلاقات القانونية بين أشخاص القانون العام يكون مختلفاً عن منطق العلاقات بين أشخاص القانون العام و أشخاص القانون الخاص[1]. في حين ذهب جانب آخر من الفقه الفرنسي إلى القول إن هذا المبدأ يطبق في إطار العلاقات بين أشخاص القانون العام كما هو الحال في إطار العلاقات القانونية بين أشخاص القانون العام وأشخاص القانون الخاص[2]، ويستندون بذلك على ما قرره مجلس الدولة الفرنسي بأن مبدأ عدم المساس يحول دون نزع ملكية الأموال العامة العقارية للمنفعة العامة[3].

وبالنتيجة لهيمنة مبدأ عدم المساس بالمال العام ولاسيما في مواجهة الأفراد، فقد تساءل بعض الفقه الفرنسي عن مدى حصانة الملكية الخاصة من مساس الإدارة، وذلك من خلال فرضية شائعة وهي المتعلقة بقيام أحد الأشخاص العامة بالبناء في أرض الغير، في هذه الحالة لايمكن لهذا الشخص العام أن يتملك العقار الذي أقيم عليه البناء بأي شكل كان، على أساس الالتصاق، ويظل الفرد مالكا لعقاره، ونكون عندئذ أمام فرضية الاعتداء المادي[4]، ومن ثم فإنه كما لايجوز للأفراد المساس بالمال العام، فلايجوز للإدارة المساس بالملكية الخاصة.

---

[1] - Douence.M op.cit, , p. ٢٤٦.

[2] - Douence.M ,Ibid, p. ٢٤٦.

[3] - C.E, Avis, ٢٦-٥-١٩٩٢, req, n°٣٥١٧٨٨,E.D.C.E, ١٩٩٢, P٤٣١.

[4] - Zenati.F, Construction sur le terrain d'autrui, R.T.D.C, ١٩٩٤ , p٨٨٩.

إلا أنه بالمقابل فإن المساس بأموال الأفراد يكون ممكنا إذا تم تكييف البناء الذي أقامه الشخص العام على أساس أنه من قبيل الأشغال العامة Les travaux publics، حيث تتمتع الأعمال المقامة عندئذ بالحصانة المانعة من رد الاعتداء، وهذا المبدأ سائد في فرنسا من القرن التاسع عشر، وأقر من قبل جهتي القضاء العادي والإداري على حد سواء[1]، ومن ثم لا يمكن لأي قاض عادي أو إداري أن يوجه أوامر للإدارة بهدم هذه الأعمال، لأن حماية المشروع العام المقام على أرض الغير تمنع هدمه، وتلزم الإدارة بالتعويض على أرضية نزع الملكية الخاصة للمنفعة العامة[2].

وإذا كان هذا هو الحال بالنسبة لمبدأ عدم المساس في النظام القانوني الفرنسي، فما هو الوضع بالنسبة للنظام القانوني السائد في سورية وقطر؟

بالنسبة للقانون السوري، يلاحظ أن المادة ٩٠ من القانون المدني قد عرفت الأموال العامة كمايلي:

---

مع ملاحظة أن الاختصاص القاضي ينعقد في هذه الحالة للقضاء العادي، لدفع هذا المساس غير المحق لأموال الأفراد، وذلك على أساس المبدأ السائد في فرنسا، والمقنن في المادة ٦٦ من الدستور الفرنسي والذي يقضي بأن القاضي العادي هو الحصن المنيع لحماية المليكة الخاصة والحريات العامة، راجع باللغة العربية: د. مهند نوح، القاضي الإداري والأمر القضائي، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، العدد ٢٠ لسنة ٢٠٠٤، ص٢٠٩. وباللغة الفرنسية راجع:

- Tsiklitiras.S, La protection des libertés publiques par le juge judiciaire, L.G.D.J, Paris, ١٩٩١, p٥٧ et.s.

[1] - C.E, ٧-٧-١٨٥٣,II, p١١٣.
Waline. -٢-١٩٦٥, R.D.P, ١٩٦٥, p٩٨٤, Note.١٧- Cass.Civ,
[2] - Zenati.F, op.cit, p٨٨٩.

( تعتبر أموالا عامة العقارات والمنقولات التي للدولة أو للأشخاص الاعتبارية العامة، والتي تكون مخصصة للمنفعة العامة بالفعل أو بمقتضى قانون أو مرسوم أو قرار من الوزير المختص..)، وهذا يعني أن المشرع السوري قد عرف الأموال العامة إلا أنه لم يقر صراحة أن هذه الأموال هي ( ملك) للأشخاص الاعتبارية العامة، وفي الحقيقة إن عدم الاعتراف بحق الملكية ابتداء بالنص يقود **إلى نفي إمكانية تفريع** هذا الحق بحكم اللزوم المنطقي، فلا يمكن الحديث عن حقوق عينية متفرعة عن حق الملكية ما لم يعترف بحق الملكية ذاته، ومن ثم يمكن التساؤل فيما إذا كان القانون المدني السوري قد حمى الأموال العامة في مواجهة الحقوق العينية المتفرعة عن حق الملكية حين لم يقر صراحة بأن هذه الأموال ( مملوكة) للأشخاص العامة، إنما اكتفى بنسبة هذه الأموال لهذه الأشخاص.

أما الفقرة الثانية من المادة ٩٠ من القانون المدني قد تكفلت بإيجاد سياج الحماية للأموال العامة، فنصت على أن هذه الأموال لا يجوز التصرف بها، ولا الحجز عليها، أو تملكها بالتقادم[١]، وهذا النص هو النص الوحيد الخاص بحماية المال العام في القانون السوري في مواجهة التصرفات القانونية، ومن ثم يستنتج من هذا النص أن المشرع السوري لم يأخذ بمبدأ عدم المساس في حد ذاته، إنما أورد الآثار المترتبة عليه وهي المتمثلة في عدم جواز التصرف وعدم القابلية للاكتساب بالتقادم، وعدم قابلية المال العام للحجز.

أما في القانون القطري فقد أسبغت الحماية على الأموال العامة، من خلال النص الدستوري أولاً، ومن خلال النصوص القانونية ثانياً، حيث نصت المادة ٥٥ من الدستور القطري على أن: " للأموال العامة حرمة، و حمايتها واجب على الجميع وفقا للقانون"، وهو مايعني أن المشرع الدستوري القطري قد أسبغ الحماية

---

[١]- راجع: د. عبد الله طلبة ود. محمد الحسين ود. مهند نوح، المدخل إلى القانون الإداري، منشورات جامعة دمشق، دمشق، ٢٠٠٥، ص٢٥٠.

على الأموال العامة، ولكن لم يحظر المساس بها بشكل مطلق[1]، إنما ترك للمشرع العادي مجالا لتقدير امكانية المساس، ولكن ضمن الإطار العام للحماية، في حين أسبغت حماية المال العام على مستوى النصوص القانونية ضمن نصين، النص الأول هو ما ورد في المادة الأولى من القانون ١٠ لسنة ١٩٨٧ بشأن أملاك الدولة العامة والخاصة، والتي نصت على مايلي:

( أملاك الدولة العامة هي العقارات والمنقولات التي للدولة أو للأشخاص الاعتبارية العامة، والتي تكون مخصصة لمنفعة عامة بالفعل أو بمقتضى قانون أو مرسوم أو قرار أميري أو قرار من مجلس الوزراء.

وهذه الأموال لايجوز التصرف فيها بأي نوع من أنواع التصرفات القانونية أو الحجز عليها أو تملكها بالتقادم أو كسب أي حق عيني عليها، كما لا يجوز حيازتها أو استغلالها بأي وجه إلا في الأحوال وبالشروط المقررة قانوناً.

ويقع باطلاً كل مايتم بالمخالفة لذلك. وفي حالة حصول تعد على هذه الأموال يكون للجهة التي يقع في اختصاصها إدارتها أو الإشراف عليها إزالة التعدي إدارياً.)

ويلاحظ من هذ النص أولا أن المشرع القطري قد عرف أملاك الدولة العامة بأنها التي للدولة أو للأشخاص الاعتبارية العامة، ومن ثم يكون قد أدخل أملاك الأشخاص الاعتبارية اللامركزية في إطار أملاك الدولة، **لأنه نسب كل أموال الأشخاص الاعتبارية ( لأملاك الدولة العامة)، وهو ما نعتقده خلل في الصياغة انعكس على المضمون**، حيث كانت الصياغة يجب أن تتحدث عن الأملاك العامة

---

[1]- لقد أسبغت بعض الدساتير **حماية مطلقة للمال العام**، ومن ثم فإنها كرست مبدأ عدم المساس بشكل مطلق، ومن هذه الدساتير الدستور المصري الجديد ( دستور ٢٠١٤ ) حيث نصت المادة ٣٤ منه على: ( للملكية العامة حرمة، **لايجوز المساس بها**، وحمايتها واجب وفقا للقانون)، راجع في ذلك: أ.د. محمد عبد اللطيف، القانون الاداري للأموال، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٤، ص١٠٠.

دون نسبتها لشخص اعتباري عام معين ولو كان الدولة، ثم توضح أن هذه الأملاك العامة هي تلك العائدة للأشخاص الاعتبارية العامة، إلا إذا كان قصد المشرع إسباغ مزيد من الحماية على الأموال العامة عن طريق نسبتها في مجموعها للدولة وإن كانت مخصصة لصالح مرافق تديرها أشخاص عامة أخرى. إضافة إلى أن المشرع مثله مثل المشرع السوري قد تجنب الإقرار الصريح بأن الأموال العامة هي تلك التي تكون مملوكة للأشخاص الاعتبارية، واكتفى بنسبة هذه الأموال للأشخاص الاعتبارية، ومن ثم فإن ذلك يطرح في إطار التشدد في عدم تفريع حق الملكية كما تحدثنا بالنسبة للقانون المدني السوري، على الرغم من أن المادة ذاتها قد منعت كسب أي حق عيني على الأملاك العامة.

وإضافة إلى ذلك فإن هذه المادة لم تشر إلى مبدأ عدم المساس صراحة، إنما أشارت إلى آثاره، والمتمثلة في عدم التصرف به ولا الحجز عليه ولا اكتسابه بالتقادم ولا كسب الحقوق العينية عليه، ولا حيازته أو استغلاله ( إلا على النحو المقرر قانونا)، وهذه العبارة الأخيرة هي التي أدت إلى إخراج الأموال العامة من إطار عدم المساس المطلق في القانون القطري.

أما النص الثاني الذي عالج عدم المساس بالأموال العامة فهو نص المادة ٥٧ من القانون المدني والتي نصت على مايلي:

( ١-تعتبر أموالاً عامة جميع العقارات أو المنقولات التي للدولة أو للأشخاص المعنوية العامة إذا كانت مخصصة لمنفعة عامة بالفعل أو بمقتضى القانون.

٢- وفي جميع الأحوال لا يجوز التصرف في هذه الأموال أو الحجز عليها، أو تملكها بالتقادم).

ومن الواضح أن كل الملاحظات الواردة على نص المادة ١ من القانون ١٠ لسنة ١٩٨٧ توجه إلى هذا النص، ولاسيما تلافي المشرع أن يذكر صراحة حق الملكية للأشخاص الاعتبارية العامة، وتجنبه الخلل في الصياغة الذي كانت تعاني

منه المادة الأولى، حيث لم يـــكن التعريـف خاصا بالأمـوال العامـة ( للدولة)، إنما ذكر تعبير الأموال العامة ثم نسبت الأموال العامة للأشخاص الاعتبارية المختلفة. وإن كان المشرع لم يشر إلى عبارة هامة جدا وردت في المادة الأولى من القانون ١٠ /١٩٨٧، وهي إمكانية التصرف بالمال العام أو إنشاء حقوق عينية عليه ( في حدود القانون).

## الفرع الثاني

## آثار مبدأ عدم المساس

إذا كان مبدأ عدم المساس قد طبق في الحقبة السابقة على الثورة الفرنسية على أساس غايته المتمثلة في الحماية الكاملة للذمة المالية الملكية، بحسبان أن الأموال العائدة للتاج تشكل دخل الملك، إلا أن مبدأ عدم المساس بالأملاك العامة كما هو معروف في فرنسا اليوم كان له غاية أخرى، حيث تعلق دائما بحماية هذه الأموال و تأمينها، لمصلحة تصرف العموم و استخدامهم أو لصالح المرافق العامة التي تخصص هذه الأموال لها، وبذلك فإن التخصيص L'affectation هو الذي يشكل في وقتنا الحالي أساس قاعدة عدم المساس بالمال العام[١]، وهو ما يفترض من حيث النتيجة أن يكون مجال تطبيق مبدأ عدم المساس أقل اتساعا، لأن هذا المبدأ لا يكون مخصصا لحماية كل المال العام بشكل مطلق، ولكن فقط هو يتدخل لحماية جزء من المال العام عندما يكون هذا الأخير محل خطر، أي من المفروض أن لا يتدخل تطبيق مبدأ عدم المساس إلا في حالة التهديد بتخصيص المال العام للاستخدام العام أو لمرفق عام محدد[٢]، وهو ما سوف ينتج عنه بالضرورة هامش

---

[١] - Douence.M op.cit, , p. ٢٣٨.

[٢] - وقد مثل جانب من الفقه الفرنسي ذلك بشكل ( معادلة قانونية)، على الشكل التالي:
مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق ،جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

للحركة الاقتصادية و القانونية أكثر اتساعا لهذا المال، ومن ثم فإنه إذا كانت هناك عملية قانونية واقعة على المال العام لا تمس هذا التخصيص، فمن المفترض أن لا تمس هذه العملية القانونية بالحماية الناجمة عن مبدأ عدم المساس، إلا أن الأمر لم يكن كذلك في فرنسا، حيث طبق مبدأ عدم المساس تطبيقا جامدا، وبشكل يتناقض مع التصرفات القانونية التي يمكن ان تنفذ على المال العام[1].

وقد عبر الفقيه الكبير Chapus عن ذلك بقوله ( إن النظام الحمائي للمال العام يبرر بواسطة تخصيصه المرتبط منذ زمن طويل بالاستخدام المباشر من قبل العموم، والذي امتد فيما بعد إلى المرفق العام، لذلك يتمثل مضمون مبدأ عدم المساس بضمان هذا التخصيص)[2].

وقبل ذلك، فقد عبر عن نفس الفكرة الأستاذ الكبير De Laubadère بقوله: ( إن الأساس الرئيسي لمبدأ عدم المساس يكون في الواقع تخصيص المال العام ومستلزمات هذا التخصيص، فتخصيص المال لا يمكن أن يضمن حقا إلا إذا كان مملوكا للأشخاص العامة بشكل كامل، ومن ثم فإن الملكية الكاملة للأشخاص العامة على مالها لا تكون إلا بوجود مبدأ عدم المساس..)[3].

---

**مال عام = تخصيص للمنفعة العامة = عدم المساس.**

**نهاية التخصيص = نهاية ضرورة الحماية = نهاية تطبيق عدم المساس.**

راجع:

– Douence.M,Ibid, p. ٢٣٩.

[1] - Gaudemet.Y, L'avenir des propriétés publiques, Dalloz, Paris, PUF, ed classeur, ١٩٩٩, P٥٦٧. du juris

- Jeun.PH, op.cit, p١٢٥.

[2] - Chapus.R, op.cit, P٤٠٧.

[3] - Laubadère.A -- Gaudemet.Y, Traité de droit administratif, L.G.D.J, Paris, T٢, ١٩٩٨, p١٢٦.

وكل ذلك فتح النقاش واسعا في أروقة الفقه الفرنسي حول الوظيفة الحقيقية لمبدأ عدم المساس في مواجهة التصرفات المختلفة التي يمكن أن يكون المال العام محلا لها، ليتم التوصل إلى الوظيفة المحددة التي يملكها المال العام، وهذه الوظيفة هي حماية تخصيص المال العام، وإن هذا المبدأ يظل مهيمنا على جهة الإدارة المالكة لهذا المال لأجل خدمة هذا التخصيص، ومن حيث النتيجة، فإن مبدأ عدم المساس يكون في جوهره وظيفيا Fonctionelle ولايكون جوهره عقاريا Foncière إلا من حيث نتائجه فقط[1]. وهو ما يثبته أن هناك بعضاً من الأموال الخاصة خاضعة لذات الحماية المقررة للمال العام في فرنسا، ولكن على الرغم من ذلك لاتحظر التصرفات القانونية على المال الخاص للإدارة[2]، ولاسيما من حيث إمكانية إثقالها بالحقوق العينية، وهو مايثبت بدوره أن مبدأ عدم المساس له دور وظيفي في حماية التخصيص وليس حماية المال في حد ذاته، وذلك كما هو الحال بالنسبة للأحراج والغابات في فرنسا[3].

لذلك، فإن جانبا من الفقه الفرنسي يرى أن تطبيق مبدأ عدم المساس قد أدى في النهاية إلى تقديس المال العام Sacraliser le domaine public ، حيث صنع هذا المبدأ من هذا المال فضاء يتعذر المساس به، على الرغم من أن هذا المبدأ لم يتقرر إلا لحماية تخصيص المال العام، وليس لحماية هذا المال في حد ذاته[4].

---

[1] - Gaudemet .Y, Les droits réels sur le domaine public, AJDA ٢٠٠٦ p. ١٠٩٤

[2] -Moysan.H, op.cit, P١٠٢.

[3] - Delvolvé.P, Les dispositions relatives aux droits sur le domaine des personnes publiques : incohérece, R.D.I, ٢٠١٠, p٥٨٥.

[4] - Laviaile.Ch, Op.cit, p١١٠٧.

- Braconnier. S, Les BEA et AOT constitutives de droits réels, La Semaine Juridique,op.cit, p٢٣٩٥.

وبناء على ذلك فقد طبق مجلس الدولة الفرنسي مبدأ عدم المساس تطبيقا جامدا، حيث يتبدى من أحكام المجلس أنه قد غلب مبدأ عدم المساس، وحظر إنشاء أي حقوق عينية على المال العام، كالارتفاقات و الايجارات الحكرية وغيرها[1]. وقد تشدد مجلس الدولة الفرنسي في تطبيق مبدأ عدم المساس لدرجة أن الفقه الفرنسي قد رأى أن مبدأ عدم المساس هو من صنع مجلس الدولة الفرنسي، وذلك على الرغم من أن أول تبن للمبدأ في المنظومة القانونية الفرنسية الحديثة كان في القانون المدني كما سبقت الإشارة[2].

وفي الحقيقة إن هذا التشدد الذي سار عليه مجلس الدولة الفرنسي بشأن تطبيق مبدأ عدم المساس، كان له عدة نتائج هامة:

**أولا- حظر إثقال المال العام بأي حق عيني:**

إن الجمود في تطبيق مبدأ عدم المساس الذي سار عليه القضاء الإداري الفرنسي جعله يرفض مبدأ إنشاء حقوق عينية على الأملاك العقارية العامة[3]، مهما كانت الاحتياطات التي اتخذتها الإدارة لأجل حماية التخصيص المتعلق بالأملاك العقارية العامة[4]. ويرى بعض الفقه أن تشدد مجلس الدولة الفرنسي في تطبيق هذا

---

[1] - Gaudemet.Y, L'avenir des prpriétés publiques, op.cit,٥٧١.

[2] - Jeun.PH, op.cit,P١٢٤.

وهو ما أورده الفقه العربي أيضا، راجع أ.د. سليمان الطماوي، مباديء القانون الإداري، الكتاب الثالث، أموال الإدارة العامة و امتيازاتها، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧٩، ص٢٨.

[3] - Pauliat.H, op.cit, p.٩٣.

- Braconnier. S, Les BEA et AOT constitutives de droits réels, op.cit , P ٢٣٩٥.

[4] - Jeun.PH, op.cit, p١٢٨.

المبدأ هو الذي جعل مضمونه ذا طابع جامد[1]، ومما أدى من حيث النتيجة إلى سلب أهلية الأشخاص الاعتبارية العامة في التصرف بهذه الأموال[2].

ومما يثبت موقف مجلس الدولة الفرنسي بهذا الخصوص ما توصل إليه في إطار قضية Eurolat التي أصدر فيها المجلس حكمه في ١٩٨٥/٥/٦، وتتلخص وقائع هذه الدعوى بأن النقابة المشكلة بين عدد من البلديات للكانتون القديم ل Boissy Saint ، قررت إنشاء دار للمسنين، وهي لم تكن تملك الموارد اللازمة، فقامت بالتعاقد مع مؤسسة Eurolat لأجل تنفيذ هذا المشروع، وذلك عبر عقدين، الأول منهما أسند للمؤسسة المذكورة إنشاء وإدارة الدار المذكورة، والتي يجب أن تشيد على أرض عائدة للنقابة البلدية، وقد أعطيت الأرض على سبيل الإيجار للمؤسسة، وعلى أساس إيجار حكري وفقا للمادة ل.٤٥١ من التقنين الريفي Code rural ، أما العقد الثاني، فقد تعلق بأساليب الإجارة الحكرية، ونص على تأسيس رهن لصالح إحدى المؤسسات المالية والمصرفية، هي الائتمان العقاري لفرنسا، وعلى أن يتم إنجاز الأعمال ضمن مدة أربع سنوات، إلا أن الجهة المتعاقدة لم تحترم التزاماتها، فقصدت النقابة باب القاضي الإداري لأجل فسخ العقد، فقضى المجلس من حيث النتيجة بأن هذين العقدين غير قابلين للتجزئة والانفصال، وبالمحصلة فإن عددا محددا من الشروط، وهي تلك المتعلقة بإنشاء حقوق عينية لمصلحة المؤسسة المتعاقدة، على الأرض العائدة للجماعة العامة، إنما تكون متناقضة مع مباديء المال العام، ولاسيما مبدأ عدم المساس، مما يستلزم بطلان العقدين[3].

---

[1] - Pauliat.H, op.cit , p.٩٩.

[2] - Braconnier. S, Les BEA et AOT constitutives de droits réels, La Semaine Juridique, p٢٣٩٥.

[3] - C.E.Section, ٦-٥-١٩٨٥, Association Eurolat – Crédit foncier de France, A.J.D.A, ١٩٨٥, P٦٢٠, Note Fatome et Moreau, R.F.D.A, ١٩٨٦, P٢١, Concl.Genevois.

ويرى جانب من الفقه الفرنسي أن مجلس الدولة أقام حكمه كله على أساس مبدأ عدم المساس، وذلك على الرغم من من إبرام هذين العقدين في ظل المادة ٤٥١ – ١ من التقنين الريفي والتي تنص على مايلي: ( الإجارة الحكرية للأموال العقارية تعهد للمستأجر حقا عينيا قابلا للرهن..)، إلا أن المجلس وبحكم إقامة المنشأة محل العقدين على المال العام قد رأى أن إنشاء الحقوق العينية على هذا المال من شأنه أن يؤدي إلى بطلان هذين العقدين[١].

وفي كل الأحوال، فإن مجلس الدولة الفرنسي قد أصر على أن الحق العيني الناتج عن الإجارة الحكرية يكون مخالفاً لمباديء الدومين العام، ويكمن هذا التناقض في الخصائص الذاتية للحق العيني، فهذه الإجارة تعطي حقا عينياً للمتعاقد مع الإدارة، وبمجرد تحقق ذلك، فإنه يؤدي إلى بطلان الإجارات الحكرية، و هذا الموقف يكون نابعا من عقيدة Dogmatique ترسخت لدى المجلس، وأعاد وكرر إثباتها في مناسبات كثيرة[٢].

وقد تأكد هذا لموقف لمجلس الدولة الفرنسي، في العديد من الأحكام الصادرة عنه، ولاسيما حكم Walter، و الذي بين فيه المجلس بوضوح سريان مبدأ عدم المساس والذي تؤدي مخالفته إلى ( بطلان عقد التزام أنشأت بموجبه الإدارة المتعاقدة حقوقا عينية للغير، وذلك دون إيضاح لمسألة هامة جدا وهي المتعلقة بانسجام مثل هذه الحقوق بشكل احتمالي مع تخصيص المال مثار المشكلة[٣].

---

[١] - Jeun.Ph, op.cit , p١٢٨.

[٢] - C.E, Section social, Avis,٢٢-٦-١٩٩٣,n°٣٥٣٢٠٥,EDCE ; ١٩٩٣,n°٤٥,P٣٩١. وقد تم التعليق على هذا الرأي من قبل الأساتذة Rolin.F و Dal Ferra.TH و Gaudemet.Y و Stirn.B ، داللوز، ١٩٩٧، ص٥٦٨.

[٣]- لم يكتف القضاة الإداريون بترتيب البطلان، بل قطعوا كليا باستحالة وجود حقوق عينية يثقل بها المال العام، وقد عبرت محكمة استئناف ليون الإدارية على ذلك بقولها: ( إن مبدأ عدم المساس بالمال العام من شأنه أن ينشيء استحالة أمام إنشاء حقوق عينية على هذا المال لفائدة

وكذلك الحال بالنسبة للارتفاقات الممنوحة على المال العام، فقد تعامل القضاء الإداري الفرنسي معها كما كل الحقوق العينية، حيث قضى بحظرها لعدم توافقها مع مبدأ عدم المساس، وقد تواتر هذا الموقف لدرجة أن هذا الحظر أصبح تقليدياً[1].

وإذا كان يتضح مما سبق أن مجلس الدولة يطبق مبدأ عدم المساس في سبيل حظر أي حقوق عينية يمكن إنشاؤها على الأملاك العامة العقارية، وذلك دون الأخذ بعين الاعتبار للدور الوظيفي لمبدأ عدم المساس المتمثل بحماية تخصيص هذه الأملاك للاستعمال العام، وللمرافق العامة، فإن موقف القضاء العادي في فرنسا ممثلا بموقف محكمة النقض يبدو أكثر مرونة، وذلك لأن محكمة النقض طبقت مبدأ عدم المساس من منظور دوره الوظيفي المتمثل في احترام تخصيص هذه الأملاك، و لم تتوقف محكمة النقض عند هذا الحد من المرونة، إذ أنها لم تقبل إثارة مبدأ عدم المساس من قبل الخصوم إلا عندما يكون ذلك ضروريا للدفاع عن حقوقه[2].

وقد حاول مجلس الدولة الفرنسي إيجاد بعض المرونة في تطبيق مبدأ عدم المساس في سبيل الانقاص من مجال تطبيقه، ولكن هذه المرونة لم تكن من خلال الحد من مبدأ عدم المساس في حد ذاته، إنما من خلال آلية أخرى، وهي الانقاص من مجال المال العام ذاته؟ ومن ثم فإن المجلس خطا خطوة نحو الوراء، فهو مال إلى الانقاص من مجال المال العام، لكي يتجنب تطبيق مبدأ عدم المساس، ولم يحد من مضمونه، على الرغم من وجود مال عام تقع عليه تصرفات عقارية من النمط الذي سهر دائما هذا المجلس على حظره[3]. حيث قرر المجلس: ( من حيث المبدأ،

---

الأفراد)، راجع حكمها الصادر بتاريخ ١٩٩٩/٣/٢، في قضية M.Amadou et autres المجموعة، رقم.٩٦AO – ٤٢.

[1] - C.E,٤-٧-١٨٧٩, Ministére des finances C Revon, Rec.P٥٧٣.
-C.E, ٢٧ – ١٢ – ١٩١١, Boucheron.Rec.P١٢٥٣.

[2] -Cass, ٣-٢-١٩٨٨, Consorts.Renault.C.EDF,A.J.D.A,P٦٨٨,NoteDufau.

[3] - Jeun.PH, op.cit, p١٤١.

فإن الأموال المنتمية إلى مؤسسة عامة مهما كانت إدارية أم صناعية أم تجارية، إنما تشكل جزءاً من مالها العام، ويكون الأمر على خلاف ذلك، إذا أدى مثل هذا الانتماء إلى عرقلة تنفيذ القوانين القابلة للتطبيق على تلك المؤسسة أو على أموالها)[1].

وفي الواقع أن فكرة المال العام من خلال هذا الحكم الشهير قد تم تفسيرها بمرونة من قبل المجلس في سبيل فتح المجال لتطبيق أحكام القانون على المؤسسة وأموالها، والمقصود في هذه الحالة المادة ٢٤ من قانون التأميم المؤرخ في ١٩٤٦/٤/٨، والتي ترخص لمؤسسة كهرباء فرنسا ( أن تتملك و أن تدير و أن تتنازل – ضمن الشروط المطبقة على أشخاص القانون الخاص– عن الأموال أيا كانت طبيعتها)، ومن ثم فإنه وفقا لما توصل إليه المجلس أن صفة المال العام يجب أن لاتحول دون تطبيق هذه القواعد القانونية، لذلك فقد قرر المجلس في هذه القضية أنه: ( لاتصنف ضمن الأموال العامة تلك الأموال التي كان مركزها بدا متناقضاً مع النظام الإداري للمؤسسة)، و( أن الرسالة ذات الطابع التجاري التي تجنح المؤسسة إلى تحقيقها تحول دون تصنيف أموالها ضمن نطاق المال العام، وهو مايعني تصنيفها ضمن المال الخاص)[2].

---

[1] - C.E, ٢٣-١٠-١٩٩٨,Electricité de France, A.J.D.A, ١٩٩٨, P١٠١٧.concl.Arrighi de Casanova.

[2] - Lavialle.CH, Le Domaine public une catégorie juridique menacée? A propos de L'arrêt de conseil d'Etat, Assemblée,٢٣-١٠-١٩٩٨, Electricité de France, R.I.D.A, ١٩٩٩,pp ٥٨٣et ٥٨٤.

علما أن هذا الحكم لم يكن الوحيد الذي سار في هذا المنحى، حيث قرر مجلس الدولة الفرنسي أنه إذا امتلك الشخص الاعتباري العام مالاً مشتركا، فإن ذلك النوع من التملك لايحقق شرط الملكية العامة، مما يستوجب إخراج هذا المال المملوك ملكية مشتركة من دائرة الأموال العامة ( ومن ثم تحاشي تطبيق مبدأ عدم المساس):

ثانيا – **التوسع في فكرة المال العام نتيجة التشدد في تطبيق مبدأ عدم المساس من قبل القضاء الإداري الفرنسي:**

لقد توسعت فكرة المال العام نتيجة تشدد مجلس الدولة الفرنسي في تطبيق فكرة عدم المساس، لتشمل كل ما يمكن أن يدخل في إطار الأموال العامة بشكل مباشر أو غير مباشر، وذلك من خلال عدة أفكار هي الاعداد الخاص، والمال العام الافتراضي، والمال العام الكلي أو الشامل، والالتصاق، وسوف ندرس هذه الآليات التي وسع فيها المجلس من نطاق المال العام نتيجة التشدد في تطبيق مبدأ عدم المساس كمايلي:

١-**الاعداد الخاص L'aménagement spécial:** وهو يعني أن كل مال يمكن أن يستخدم لأجل غايات مرفق عام، بسبب خصائص ذاتية تتوافر فيه، فإنه يخضع لمبدأ عدم المساس، وهذا المال لاينتمي للمال العام من حيث المبدأ، ولكنه يتصل ولو بشكل غير مباشر به، ولازم لعمله، ومن ثم يصبح خاضعا للنظام القانوني للمال العام[١]. وعلى هذا الأساس فقد اشترط مجلس الدولة الفرنسي من أجل تكييف مال ما على أنه من قبيل المال العام أن يكون مخ ما للاستعمال المباشر للعموم أو لمرفق عام، أو أن يكون محلا للإعداد الخاص لمرفق عام[٢].

---

C.E, ١١-٢-١٩٩٤, Compagnie d'assurances , La préservatrice foncié,Rec.p٦٥.

وقد حلل هذا الحكم ضمن هذا المعنى، راجع: بحث الأستاذ Gaudemet الموسوم بعنوان ( مستقبل الملكية العامة)، مرجع سبق ذكره، ص٥٧٣.

[١] - Van Long. Gondouin.G .Inserguet – Brisset.V, Dictionnaire de droit administratif, A.Colin,Paris, ٢٠٠٥,p ٢٧.

[٢]- من أحكام المجلس في هذا الاتجاه:

-C.E, Ass, ١٩-١٠-١٩٩٦, Société le Beton,R.p ٣٧٥, A.J.D.A, ١٩٥٦,p٤٧٢,concl.M.Long.

وفي الحقيقة إن الأستاذ مارسيل فالين هو أول من قال بالعلاقة بين المال والمرفق على أساس مفهوم الاعداد الخاص، حيث رأى أن مجرد تخصيص المال لاستعمال العموم يعد كافيا في حد ذاته ليخضع المال للنظام القانوني للمال العام، إلا أن مجرد تخصيص المال لمرفق عام وحاجاته لايكفي منفردا للقول بعمومية هذا المال، بل لابد أن يكون المال المخصص لهذا المرفق لازما لإدارته والقيام بالغايات المتوخاة منه[١]. ولكن لا بد من ملاحظة أن الأستاذ فالين عندما اقترح التلازم بين مفهومي التخصيص للمرفق العام من جهة وأن يكون المال معدا خصيصا للمرفق العام من جهة أخرى، إنما كان يقصد وضع حد لتضخم المال العام نتيجة إطلاق مفهوم تخصيص المال العام للمرفق العام منفرداً، حيث طرح معيار الإعداد الخاص ليكون المال المخصص للمرفق العام لازما له ولسيره، أما إذا خصص ولم يكن لازماً لذلك، فلايجوز أن يدخل في دائرة المال العام[٢].

إلا أن القضاء الإداري الفرنسي قد طبق مفهوم المال المعد إعداداً خاصا على خلاف ماقصده هذا الأستاذ الكبير، وبحيث أدى إلى نتائج عكس ما أراده، فقد ذهب القضاء **إلى التعامل مع مفهوم المال المعد إعداداً خاصاً على أساس أنه كل مال يمكن أن يساهم في سير المرفق العام بسبب طبيعته مهما كانت هذه المساهمة يسيرة وبسيطة وغير ذات شأن**، وهو ما أدى من حيث النتيجة إلى دخول كتل عقارية ضخمة جداً في دائرة المال العام، ولينتهي القضاء الإداري بذلك إلى اتساع كبير للحمائية التي تقوم على أساس مبدأ عدم المساس[٣].

---

-C.E, Ass, ١١-٥-١٩٥٩, Dauphin, R.p٣٧٥, A.J.D.A, ١٩٥٩, p١١٣, Chron.M.Combacau et J-M.Galabert.

[١] - Waline.M, Précis de droit administratif, TII, Le domaine public, Paris, Siery, ١٩٧٠, PP.١٢٧,١٧٥.

[٢] - Bezzina.A.Ch, Marcel Waline et théorie du domaine public, op.cit, p١٥٦.

[٣] - Rozet.CH, L'aménagement indispensable, un critère discutable de réduction du domaine public, AJDA ٢٠٠٧ p. ٥٧١.

٢-**المال العام الافتراضي:** وضمن هذه النظرية سار مجلس الدولة الفرنسي بعيداً في توسيع فكرة المال العام، مهتديا بمبدأ عدم المساس، وذلك عن طريق تبنيه فكرة المال العام الافتراضي Le domanialité public virtuelle ، والتي تتصل بنظرية الإعداد الخاص للمال، والتي بمقتضاها لا يكون المال عاماً إلا إذا أعد إعداداً خاصاً لحسن سير مرفق عام فحسب، بل إذا كان من حيث المآل سوف يقوم بهذه المهمة بالنسبة لمرفق عام[١]، أي أن المال في هذه الحالة ليس معدا إعداداً خاصاً بشكل يقيني بسبب طبيعته لحسن سير مرفق عام، إنما يتوقع أن يكون كذلك في المستقبل[٢]. لذلك فقد أدخل المجلس تحت هذه الذريعة في إطار الأموال العامة مالاً خاصاً للإدارة وأخضعه لمبدأ عدم المساس بسبب قربه من منطقة ميناء التي تعد مالاً عاما ، وهو ما يعني أنه بسبب هذا القرب، فمن المحتمل أن يصير هذا المال المنتمي إلى الأموال الخاصة للإدارة مالاً مخصصا لحسن سير المرفق العام، ومن ثم ينطبق تكييف الأموال العامة عليه، ويسري عليه مبدأ عدم المساس[٣]. كما أدخل مالاً خاصاً آخر مملوكاً للإدارة في إطار الأموال العامة، وذلك بسبب مساهمته المحتملة في حفظ وحماية أحد الشواطيء مستقبلاً، ومن ثم من المحتمل

---

- Fatôme.E, A propos des bases constitutionnelles du droit du domaine public, AJDA ٢٠٠٣ p. ١١٩٣.
p١٥٦. - Bezzina.A.Ch, op.cit,
p١٠٤٢. - Hubrecht.H, op.cit,

[١] - Rozet.CH.B, op.cit, p٥٧١.
- Gros.M, L'affectation, critère central de la dominalité publique, R.D.P, ١٩٩٢, P٤٨.

[٢] - Yolka.PH, Faut-il réellement abandonner la domanialité publique virtuelle ? La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales n° ٨, ٢٢ Février ٢٠١٠, ٢٠٧٣.

[٣]- C.E, ٨-٣-١٩٩٣, Villedieu.R.P٧٥٩, R.D.I, ١٩٩٣ , P ٣٤٩, obs.J.B.Auby,P١٢٤.

أن يصير هذا المال في المستقبل مخصصاً لسير المرفق العام، وهو ما يعد كافياً لادخاله في دائرة الأموال العامة، وإخضاعه لمبدأ عدم المساس[١].

ويمكن القول أن هناك اتصالاً واضحاً مابين نظريتي الاعداد الخاص والمال العام الافتراضي، وأن الثانية متفرعة عن الأولى، فالمال العام الافتراضي ما هو إلا مال معد إعداداً خاصاً لسير مرفق عام، ولكن على وجه الاحتمال، وبحيث يتحقق ذلك في المستقبل[٢].

ولكن على الرغم من استقرار القضاء الإداري الفرنسي لزمن طويل على مفهومي الإعداد الخاص للمال، والمال العام الافتراضي المرتبط به، فإن هذين المفهومين زالا مع صدور تقنين ملكية الأشخاص العامة سنة ٢٠٠٦، حيث إن المشرع الفرنسي استبدل مفهوم الاعداد الضروري L'aménagement indispensable بمفهوم الإعداد الخاص L'aménagement spécial [٣]، والإعداد الضروري يعني أن لايدخل في إطار المال العام سوى تلك الأموال التي تكون ضرورية لسير المرفق عام الذي يسيره الشخص الاعتباري العام مالك المال، وهو ما يفترض وجود علاقات ضيقة بين المال والمرفق العام، فلا يعد كل مال مهما كان لزومه للمرفق العام مالاً عاماً، لأنه لا يعد ضروريا لسيره[٤]، وعلى هذا

---

[١] - C.E, sect. ٣٠- ٥- ١٩٧٥, Dame Gazzoli, M.France et M.Boyon. Chron. P٣٤٨. R. p٣٢٥. A.J.D.A, ١٩٧٥,

[٢] - Rozet.CH.B, op.cit, p٥٧١.
- Yolka.PH, Faut-il réellement abandonner la domanialité publique virtuelle ?op.cit, ٢٠٧٣.

[٣] - Yolka.PH, Faut-il réellement abandonner la domanialité publique virtuelle ? op.cit, ٢٠٧٣.

[٤] - تنص المادة ل.٢١١١ – ١ من تقنين ملكية الأشخاص العامة على مايلي:
Sous réserve de dispositions législatives spéciales, le domaine public d'une personne publique mentionnée à l'article L. ١ est constitué des

الأساس فإن المشرع الفرنسي بانتقاله من مفهوم الإعداد الخاص في إطار تحديد ماهية المال العام إلى مفهوم الإعداد الضروري يكون قد ضيق من دائرة المال العام التي اتسعت في ظل مفهوم الإعداد الخاص للمال، وهو ما أدى من حيث النتيجة إلى التضييق من نطاق تطبيق مبدأ عدم المساس[1].

وبعد صدور هذا النص الجديد الذي صار يؤطر نطاق تطبيق مبدأ عدم المساس بالإعداد الضروري للمال لصالح المرفق، طرحت مسألة هامة تتعلق بتطبيق النص الجديد من حيث الزمان، وهو الأمر الذي ترك نتائج هامة على مستوى دائرة تطبيق مبدأ عدم المساس، فإذا كان هناك مال ما وعد مالا عاما نتيجة مفهوم الإعداد الخاص وذلك قبل سريان النص الجديد، فهل يبقى كذلك إذا كان لايعد مالاً عاماً من منظور الإعداد الضروري الذي ضيق من دائرة المال العام،

---

biens lui appartenant qui sont soit affectés à l'usage direct du public, soit affectés à un service public pourvu qu'en ce cas ils fassent l'objet d'un aménagement indispensable à l'exécution des missions de ce service public.

ومن الملاحظ أن جانبا من الفقه الفرنسي قد انتقد المبدأ الجديد الذي أتى به المشرع الفرنسي والمتعلق بالإعداد الضروري، على أساس أنه لايقل غموضا وتعقيداً عن مفهوم الإعداد الخاص، راجع:

- David.B.B, Droit administratif des biens, Paris, Aualino, ٧ed, p٥٣.
- Rozet.CH.B, op.cit, p٥٧٥

ويشير جانب آخر من الفقه إلى أن الأستاذ فالين عندما اقترح مفهوم الإعداد الخاص،، **كان يقصد به الإعداد الضروري** على النحو الذي أتى به القانون الجديد، راجع:

- Bezzina.A.Ch, op.cit, p١٥٧.

[1] - Defix.S, Le domaine public virtuel, sans déclassement formel, demeure éternel, A.J.C.T, ٢٠١٣ p. ٣٤٧

وذلك بعد تطبيق النص الجديد[1]، وهو ما يحتم من حيث النتيجة ضرورة اللجوء إلى إجراء نزع تخصيص هذا المال، نتيجة زوال صفة المال العام عنه؟

لقد أجاب الاجتهاد القضائي الفرنسي على هذا السؤال، وقضى باستقرار مركز المال المكيف على انه مال عام نتيجة تطبيق مبدأ الإعداد الخاص، وعدم إمكانية نزع هذه الصفة عنه، وذلك من باب عدم جواز تطبيق النصوص القانونية بأثر رجعي[2].

---

[1] - Eveillard,G. L'application dans le temps des nouveaux critéres de définition du domaine public, Dr.Adm.٢٠١٠, etude ٢١.

[2] - وقد فصلت محكمة التنازع في ذلك، واستندت في حكمها أولا إلى معيار الإعداد الخاص بالنسبة لنزاع ثار سنة ٢٠٠٠ ، وكان موضوع النزاع مالا عاماً تم تكييفه كذلك بناء على معيار الاعداد الخاص، ومن ثم وحين فصلت المحكمة في الدعوى سنة ٢٠٠٧ لم تطبق معيار الإعداد الضروري الذي من شأنه خروج المال محل النزاع من دائرة المال العام، إنما طبقت معيار الإعداد الخاص، ليستقر مركز هذا المال كمال عام، ومن ثم يظل خاضعا لمبدأ عدم المساس، وتكون كل التصرفات المتعلقة به، ولاسيما تلك المنشئة لحقوق عينية باطلة، راجع حكم محكمة التنازع المؤرخ في ٢٠٠٧/١٠/٢٢ في قضية Mlle Doucedame – Dpt Bouches –du–Rhome ، والمنشور في A.J.D.A ، ٢٠٠٨، صفحة ١١٤٥.

كما طرحت المشكلة ذاتها في أروقة مجلس الدولة الفرنسي، والذي قرر مايلي: ( إن دخول التقنين ( الجديد) في إطار السريان لايمكن أن يملك في حد ذاته من حيث الأثر إزالة تخصيص الأموال التي تنتمي قبلاً ( أي قبل سريان القانون) للمال العام، والتي لم تعد مستنفدة للشروط المحددة في المادة ١ من القانون الجديد لإسباغ صفة العمومية على مال معين.)، راجع حكم مجلس الدولة الفرنسي المؤرخ في ٢٠١٢/١٠/٣، في قضية Cne de port – vendres المنشور في A.J.D.A،٢٠١٢ ، ص ١١٤٥.

وعلى أساس هذا الاجتهاد القضائي القائم ظاهراً على مبدأ عدم جواز تطبيق القوانين بأثر رجعي، فإنه تبقى الأموال المتمتعة بصفة العمومية في ظل المعيار القديم أموالاً عامة، ومن ثم فإنه لا يجوز المساس بها بأي شكل كان، ومن ثم فإن القضاء الإداري الفرنسي قد سار نحو التوسع في مبدأ عدم المساس إلى آخر الشوط، ولو كان المال الذي كان مالاً عاما في الماضي لم يعد كذلك في الوقت الحالي نتيجة نص قانوني واضح، وهو دليل على النزعة الواضحة لدى هذا الاجتهاد نحو توسيع مبدأ عدم المساس في مواجهة التصرفات القانونية التي يمكن أن تنشيء حقوقا عينية على المال العام.

**٣- نظرية المال العام الشامل أو الكلي:**

توسع القضاء الإداري الفرنسي في تطبيق مبدأ عدم المساس، عن طريق نظرية ابتكرها، وسميت بنظرية المال العام الكلي أو الشامل La théorie de la dominalité publique globale، والتي سار من خلالها على اعتبار الأبنية والأراضي والمشيدات المقامة ضمن كل مركب Ensemble complexe من قبيل الأموال العامة، وإن لم تكن مخصصة لاستعمال الجمهور ولا مخصصة أو معدة إعداداً خاصاً لحسن سير المرفق العام، وذلك طالما كان هذا الكل المركب مقاما على الدومين العام، ودون التساؤل على الغاية المتعلقة بكل من مكونات هذا المركب، فعلى سبيل المثال، إذا كان هناك مطار ضمن مال عام عقاري، فإن كل أجزائه ومكوناته ستكون كذلك، وإن كان لاينطبق عليها وصف المال العام، وفقا للمعايير القانونية المعتمدة[١].

ولكن مع ذلك وفي سبيل موازنة هذا الحل المتطرف إلى حد كبير، فإن مجلس الدولة الفرنسي قرر في بعض الحالات الخاصة، أن طبيعة المال العام ضمن

---

[١] - C.E, ٢٥-٣-١٩٨٨ ; Consorts Démereau .R.P٧٧٨. J.C.P, ١٩٨٩,n°١١٣.
وراجع في الفقه:
-Rozet. Ch.B, opcit, op.cit,p٥٧٦.

المركبات العقارية يجب أن تقدر جزءاً فجزءاً، لأنه يوجد ضمن هذا التراكب العقاري، كتل عقارية خاضعة لأنظمة قانونية مختلفة، فمنها مايطبق عليها القواعد المطبقة على المال العام ( وفي مقدمتها عدم المساس) ومنها ما يطبق عليها القواعد المطبقة على المال الخاص للإدارة، ومنها ما يطبق عليه القواعد الخاصة بالملكية الفردية[1].

**٤-الالتصاق:**

لقد طبق مجلس الدولة الفرنسي نظرية الالتصاق Théorie de l'accessoire ذات الأصول المدنية[2]، في سبيل التوصل إلى توسيع تطبيق مبدأ عدم المساس، من خلال التوسع في نطاق المال العام، وبحيث تجيز نظرية الالتصاق الاعتراف بصفة المال العام من خلال الاندماج به، لكل الأموال التي لاتستنفد شروط اعتبارها مالاً عاماً، إلا أنها تكون على اتصال مباشر Contact direct مع أموال تعد أموالاً عامة بحكم تخصيصها للاستعمال العام أو لمرفق عام[3]. وقد طبق مجلس الدولة الفرنسي نظرية الالتصاق بشروط، ويتحقق ذلك إذا

---

[1]- راجع حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر بتاريخ ١٩٩٠/١/٢٤، في قضية Mme Boulier و المنشور في C.J.E.G سنة ١٩٩٠، ص٢٣٨، وقد قرر المجلس في هذا الحكم: ( هناك قسم من المركب العقاري يكون مخصصاً لمرفق عام و معداً خصيصا لذلك، وهو ينتمي لشخص عام، ومن ثم يطبق عليه النظام القانوني للمال العام، ولا يجوز المساس به، كما أن سكن السيدة Boulier حتى لو كان يوجد ضمن نفس المركب العقاري، إلا أن وضعه مختلف، فهو لم يخصص لاستخدام العموم، ولم يعد بشكل خاص لمرفق عام، لأنه عبارة فقط عن سكن للسيدة المذكورة..).

[2]- المادة ٥٥٢ من القانون المدني الفرنسي.

[3] - Gaudemet.Y, Droit administratif des biens, T٢, L.G.D.J, Paris, ٢٠٠٢, p٧٨.

- Van Long. Gondouin.G .Inserguet – Brisset.V, op.cit, p٥.

كان المال محل الالتصاق على علاقة فيزيائية Lien physique دقيقة مع مال عام عقاري معين، لذلك تعد أموالاً عامة كل الأموال التي تقام فوق مال عام عقاري معين أو تحته مثل الأشجار[1]، ومثل القنوات المقامة تحت طريق عام[2]، كما طبق المجلس هذه النظرية أيضاً إذا كان المال محل الالتصاق يرتبط بعلاقة ( نفع وظيفي utilité fonctionnelle ) مع مال عام معين، وبحيث يساهم هذا المال في الاستخدام الجيد لمال عام معين، وذلك على أساس أن العلاقة بين الماليين هي علاقة التصاق غير قابلة للانفصال Accessoire indispensable ، وذلك مثل الجدار الاستنادي الذي يساهم في تماسك عقار هو من المال العام[3].

وقد انتقد جانب من فقه القانون الإداري تطبيق نظرية الالتصاق المدنية، وذلك نظرا لما يمكن أن تؤدي إليه في كثير من الحالات إلى إضفاء صفة المال العام على مشيدات تقع على أملاك فردية، مما يثير شبهة الغصب[4]، إلا أن المشرع الفرنسي وضمن تقنين ملكية الأشخاص الاعتبارية العامة قد تبنى نظرية الالتصاق كسبب لإضفاء صفة الأموال العامة على أموال معينة، ولكن بشكل مختلف عما استقر عليه قضاء الاجتهاد الإداري الفرنسي لسنوات طويلة، فقد نصت المادة ل.٢١١١ -٢ من التقنين المذكور على مايلي: ( تكون أيضاً جزءا من المال العام أموال الأشخاص العامة المذكورة في المادة ١ من القانون التي تساعد على استخدام

---

- Lavialle.CH, Le Domaine public une catégorie juridique mencée? Op.cit, p٥٨٢.

[1] - C.E, ٢٠- ٤-١٩٥٦, Ville de Nice,R.p١٦٢.

[2] - C.E, ٢٨-٥-١٩٧١, Dame Gautheron.R.P٤٠٢.

[3] – C.E, ٢٠-٤-١٩٥٦, Ville de Nice,précité.

[4] –Gaudemet.Y, Superposition de la propriété privée et du domaine public, ١٩٧٨,D, chron, p٢٩٦.

مال منتم إلى مال عام وبحيث تشكل معه التصاقاً غير قابل للانفصال)[1]، ومن ثم فإن هذه المادة تفترض وجود شرطين متكاملين لاندماج مال خاص عائد للإدارة في مال عام، وهما أن يرتبط المال محل الالتصاق ( وهو مال خاص عائد للإدارة كما أشرنا) بمال آخر منتم للمال العام برابطة فيزيائيـة (مادية) تجعل المالين غير قابلين للانفصال وبرابطة وظيفية، فلابد إذا من وجود الرابطتين معاً معاً للقول بحدوث الالتصاق[2].

إن هذا التلازم مابين الرابطتين الفيزيائية والوظيفية إنما يمثل اتجاها جديدا بالنسبة للالتصاق كسبب لتوسيع المال العام، ومن ثم تطبيق مبدأ عدم المساس، وهو يعاكس ما استقر عليه اجتهاد القضاء الإداري الفرنسي، والذي أجاز حدوث الالتصاق بمجرد وجود إحدى الرابطتين الفيزيائية أو الوظيفية بين المال محل الالتصاق ومال عام معين[3].

هذا التلازم مابين كلا شرطي الارتباط الوظيفي والفيزيائي يؤدي من حيث النتيجة إلى تقليص مجال المال العام لحساب المال الخاص للإدارة، لأنه يؤدي من

---

[1] -Art.L.٢١١١-٢ .Font également partie du domaine public les biens des personnes publiques mentionnées à l'article L. ١ qui, concourant à l'utilisation d'un bien appartenant au domaine public, en constituent un accessoire indissociable.

[2] - Rozet.CH.B, op.cit, p٥٧٧.

[3] - C.E, ١٧-١٢-١٩٧١, Vércel.R.p٧٨٣, A.J.D.A, ١٩٧٢, Labetoulle chron. P١٢٤. et Cobanes. P.Sabliére. - C.E, ٢٤-١-١٩٩٠, Boulier, CJEG, ١٩٩٠,P٢٣٨. Note. - CE, ٢١-٤-١٩٩٧, Ministère du Budjet.C.Sté Sagifa.Dr.adm. ١٩٩٧, n° ٣١٦.Note Ch.Lavialle p٣٤٩, J.B, Auby.J.B, ١٩٩٣, R.P٧٥٩, R.D.I, ١٩٩٣, - C.E, ٨-٣-١٩٩٣, Ville Dieu, IV,p١١٩٤.

حيث النتيجة إلى إيجاد صعوبة في اندماج مال خاص للإدارة في مال عام، إضافة إلى أن القانون الجديد أضاف شرطين واضحين ليتم الالتصاق، وهما الطبيعة غير القابلة للانفصال بين المالين Indissociable وشرط المساهمة في استخدام مال عام معين، أي لا يتم الالتصاق إلا إذا ساهم جزء من المال الخاص للإدارة في استخدام جزء آخر من المال العام، وإن إضافة هذين الشرطين أدت إلى صعوبة تحقق واقعة الالتصاق، ومن ثم التقليل من حالات اندماج مال خاص للإدارة بمال عام و الحد من توسع المال العام، ومن ثم الحد من مبدأ عدم المساس، وإن كان جانب من الفقه انتقد فكرة مساهمة مال خاص في استخدام مال عام لتحقق الالتصاق، لأنها تؤدي إلى عكس ما أراد المشرع من تضبيق حالات الالتصاق، وتقليص المال العام، وذلك نظراً لاتساع هذه الفكرة، ومن ثم إمكانية مرونة تطبيقها واقعياً[1].

ولعل أهم ما جاءت به المادة ل.٢١١١-٢ من تقنين ملكية الأشخاص العامة هو أن المال محل الالتصاق يجب أن يكون من ضمن الأموال الخاصة للإدارة، و من ثم فإنه من الناحية العضوية لم يعد متصوراً أن يتم التصاق مابين مال عام ومال آخر يعود للملكية الفردية، وهو ما حد من جانب آخر من شبهة الغصب التي انتقدها الفقه الفرنسي، والتي يمكن أن تحدث نتيجة عمليات التصاق من هذا النوع.

**ثالثاً- الوقتية:**

ولعل النتيجة الأهم التي ترتبت دائما على مبدأ عدم المساس إنما تتمثل في الوقتية La précarité، وهو مفهوم يعني من حيث النتيجة **عدم وجود مركز قانوني نهائي على المال العام**، وفي طليعة هذه المراكز تلك المتعلقة بالحقوق العينية التي من المستحيل إثقال المال العام بها كما أشرنا سابقا، وهو ما ترتب عليه جواز إنهاء الإشغالات الخاصة للمال العام في أي وقت، سواء أكان سنده ترخيصاً إنفراديا أم عقداً، كما ترتب عليه إعطاء الإدارة السلطة التقديرية الكاملة في رفض تجديد مثل

---

[1] - Rozet.CH.B, p٥٧٨.

هذا الإشغال الخاص[1]. **ولعل النتيجة الأهم لمبدأ الوقتية الناجم بدوره عن مبدأ عدم المساس، هو دخول أعمال إدارة المال العام في عداد الأعمال الإدارية التي تحتاج إلى ممارسة امتيازات السلطة العامة[2].**

وبالمحصلة، وأمام هذه النتائج التي ترتبت على مبدأ عدم المساس، والمتمثلة في عدم إمكانية إنشاء المراكز القانونية على المال العام، ووقتية كل المراكز على

---

[1] - Richer.L, Droit des contrats administratifs, L.G.D.J, Paris, ٢٠٠٤،٤ed, P٥٧٣. Richer.L, Droit des contrats administratifs, L.G.D.J, Paris, ٢٠١٠, p٥٦٩.

- Rézenthel.R, Vers meilleur protection contre la précarité de l'occupation du domaine public, A.J.D.A, ٢٠٠١, P١٠٢٥.et.s.
- Melleray.F, L'utilisation privative du domaine public, quelques difficultés illustrées par jurisprudence récent, A.J.D.A, ٢٠١٣, p٩٩٥.
- Fournier.A, Jacquot.H, Un nouveau statut pour les occupants du domaine public, AJDA ١٩٩٤ p. ٧٧٤.

وقد تأكد مبدأ الوقتية في الفقه العربي أيضاً، راجع:

- أ.د. سليمان الطماوي، مبادىء القانون الإداري، الكتاب الثالث، أموال الإدارة العامة و امتيازاتها، المرجع السابق، ص٦٢، وما بعدها.
- أ.د. إبراهيم عبد العزيز شيحا، الأموال العامة، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٦، ص٥٦٤، و مابعدها.

وقد بين الأستاذ الدكتور سليمان الطماوي أن التراخيص التي تصدرها الإدارة باستعمال الأفراد للمال العام ليست إلا من قبيل القرارات الوقتية Les actes provisoires والتي لاينتج عنها حق مكتسب، راجع: مؤلفه النظرية العامة للقرارات الإدارية، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٩١، ص٦٥٠.

[2] - راجع تقرير المفوض Jaques –Henri في تقريره على حكم E.D.Q، والمنشور في A.J.D.A ، ١٩٩٩،ص٤٢٧.

فرض إن اعترف بشيء منها، كل ذلك قد دفع الفقه الفرنسي إلى نعت مبدأ عدم المساس بأنه متناقض **مع مقتضيات الأمن القانوني** Principe de securité juridique [1] . بحسبان أن الأمن القانوني يهدف إلى ضمان المراكز القانونية أو الثبات النسبي لهذه المراكز، عبر الزمان[2]. لذلك فإن مبدأ عدم المساس وتطبيقاته خلال تاريخه الطويل، والنتائج المترتبة عليه، أدت من جهة أولى إلى توسيع نطاق المال العام، ومن جهة أخرى، أدت إلى حساسية اتجاه المراكز القانونية التي يمكن أن تنشأ عليه، ولا سيما تلك المتعلقة بالحقوق العينية، وهو الأمر الذي جعل المال العام العقاري خصوصا المتضخم **قيمة اقتصادية و تنموية جامدة**، لذلك بدأت المحاولات القانونية للخروج من هذه الأزمة.

---

[1] - Rézenthel.R, op.cit, p١٠٢٥.

- Lavialle.CH, La constitution des droits réels, op.cit, p١١٠٧.

[2] - د. محمد عبد اللطيف، مبدأ الأمن القانوني، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، العدد ٣٦، أكتوبر ٢٠٠٤،ص٨٩.

## المطلب الثاني

## التطور نحو إمكانية المساس بالمال العام.

انطلاقاً من الأزمة التي أصبح يعيشها مبدأ عدم المساس في فرنسا، فقد توجهت الجهود القانونية نحو الخروج بالأموال العامة من إطار الحماية الجامدة إلى إطار الحماية المرنة التي تقوم على أساس إيجاد قيمة تنموية لهذه الأموال، وقد كان لهذا التطور أسبابه وإرهاصاته، والمتمثل في الانتقادات التي ساقها الفقه الفرنسي لمبدأ عدم المساس وتطبيقه الجامد ( الفرع الأول)، والتدخل الهام الذي قام به المجلس الدستوري الفرنسي، والذي خفف إلى حد كبير من جمود مبدأ عدم المساس، وفتح الباب واسعاً أمام إمكانية المساس ( الفرع الثاني)، أما السبب الثالث فتمثل في المناخ القضائي والتشريعي الأوربي الذي عزز التوجه نحو إمكانية المساس بالمال العام ( الفرع الثالث)، وسوف نبحث كل ذلك فيما يلي:

### الفرع الأول

### أسباب التطور المتعلقة بالآراء الفقهية

إن الاتجاه الفقهي لتحرير المال العام، وتحريكه من جموده، توصلاً للبحث عن القيمة الاقتصادية له، لم تكن جديدة كليا، حيث وجدت لدى جانب من فقه القانون الإداري التقليدي الفرنسي، فمنذ سنة ١٩١٤ يلاحظ أن الأستاذ Rigaud قد طرح بوضوح أن قاعدة عدم المساس التي يقوم عليها المنطق الحمائي للمال العام لا تتعارض مع إمكانية إنشاء حقوق عينية عليه، طالما كانت منسجمة مع تخصيص المال، ولا ترفع السلطة الإدارية في هذه الحالة يدها عن امتيازاتها، وهي لذلك تستطيع أن تضع نهاية للحق العيني طالما اتضح أنه يتعارض مع تخصيص المال العام[1].

---

[1] - Rigaud.L, La théorie des droits réels administratifs, Toulouse, Recueil Sirey, ١٩١٤, P٣١٠ et.S.

كما أثار الأستاذ موريس هوريو بوضوح ما أطلق عليه تسمية الحقوق العينية الإدارية Droit réels administratifs ، حيث رأى أن النظام القانوني للأموال العامة يتناقض – بحق– مع إنشاء حقوق عينية مدنية على هذا المال، إلا أن القواعد التي تحكم الأموال العامة يمكن أن تتوافق بشكل جيد مع حقوق عينية إدارية، والتي تكمن خصوصيتها في عدم تعارضها مع حسن إدارة المال العام، وذلك كله استناداً إلى أن مبدأ عدم المساس لم تمله طبيعة الأشياء ذاتها، ولكنه عبارة عن مفهوم قانوني تأسس في سبيل ضرورة تخصيص أشياء معينة للمنفعة العامة [١].

ويعد العلامة Duguit أول من خاصم هذه الثنائية التي توجد بين المال العام و المال الخاص للإدارة، واقترح أن يعترف بطبيعة قانونية واحدة Unique وعامة Commune لمختلف الأموال العائدة للإدارة، وسواء أكانت مدرجة ضمن المال العام أم المال الخاص، فمن وجهة نظر الفقيه الكبير، أن الأموال العائدة للإدارة تعد كتلة واحدة دون تمييز بين مال عام ومال خاص، وإن خضوع أحد أجزاء هذا المال للقانون العام أم القانون الخاص يكون حسب التسلسل في القوة والمرتبة، وعلى هذا الأساس فإن Duguit دعا إلى وجود سلم تتدرج من خلاله الأموال العائدة للإدارة من حيث القوة، وأطلق عليه تسمية تدرج نظام المال العام L'échelle de la dominalité publique فتكون أكثر الأموال قوة تلك المخصصة للاستعمال المباشر للجمهور، لذلك فإنها تحتل الدرجة العليا، وهي تخضع لقواعد القانون العام، وفي مقدمتها ( مبدأ عدم المساس)، أما تلك الأموال المستخدمة (كوسائل بسيطة) لأجل تسيير المرافق العامة، فتمثل إحدى الدرجات الأدنى، وهي لا تخضع لقواعد القانون العام، التي تقضي بحماية المال العام وعدم المساس به[٢]. وهذا يعني وفقاً للأستاذ Duguit أن الأموال التي تشكل وسائل جوهرية لإدارة المرافق العامة تخضع لقواعد القانون العام، وهو ما يذكرنا إلى حد كبير بفكرة الإعداد الخاص للمال

---

[١] - Hauriou.M, Précis de droit administratif, Siery, Paris, ١٩٣٣, P٧٩٥ et P٨٦٢.

[٢] - Duguit.L, Traité de droit constitutionnelle, Editions Cujas, Paris, ٣ ed, T٣,P٣٥٣ et.s.

لمصلحة المرفق العام التي أتى بها الأستاذ فالين فيما بعد، والتي استعرضناها سابقا، مع العلم أن الأستاذ Duguit ينكر فكرة الحق العيني على المال العام، ولكن ليس استناداً إلى مبدأ عدم المساس، إنما على أساس أن الحق العيني يفترض أن يثقل مالاً مملوكاً للغير، في حين أن المال العام لا يعرف فكرة الملكية أصلاً، والمهم في فكر الأستاذ Duguit فكرتان اثنتان يستعيدهما الفقه كنموذج يحتذى لتطوير فكرة المال العام ونسبية حمايته في مواجهة التصرفات التي يمكن أن يكون محلاً لها، والحقوق العينية التي يمكن أن يثقل بها[1]، **هاتان الفكرتان هما وحدة المال المملوك للإدارة من جهة، وفكرة التدرج في النظام القانوني الذي تخضع له هذه الأموال من جهة أخرى، وبحيث لايكون أي مال مخصص أياً كان جوهره وهدفه محلاً للحماية، ومستعصياً على التصرفات و إنشاء الحقوق العينية عليه**[2].

أما الأستاذ Pelloux فقد رأى أن لمبدأ عدم المساس وجوداً قانونياً هاماً في إطار حماية المال العام، إلا أن ذلك لا يتعارض مع إمكانية إنشاء حقوق عينية على هذا المال، طالما تم احترام تخصيص المال العام المثقل بالحق العيني للمنفعة العامة[3].

وقد سار الأستاذ Auby.J.M في اتجاه مماثل لاتجاه الأستاذ Duguit حيث رأى أن الأموال المملوكة للإدارة تثير أنظمة قانونية متنوعة، تنتمي للقانون العام و الخاص، و أن تطبيق النظام القانوني المناسب على مال عام، يجب أن لا يكون حسب التقسيم الجامد لنوعي المال المملوك للأشخاص العامة ( مال عام و مال

---

[1] - Duguit.L, op.cit, P٣٦٧.

[2] - راجع مثلاً:

- Jeun.PH, op.cit, p١٤٦.

[3] - Pelloux.R, Le problème du domaine public, évolution et solutions, D, ١٩٣١, p٢٩٩.

خاص)، إنما حسب درجة خضوع كل مال على حدة لنظام القانون العام أو لنظام القانون الخاص[١].

ومن محاولات الفقه التقليدي أيضاً تلك المحاولة التي قام بها Capitant ، والذي رأى أن كل أموال الأشخاص العامة كان يجب أن تكون قابلة لأعمال التصرف، و لكن لا يستطيع الشخص العام المالك أن يتصرف بها إلا ضمن التوافق مع تخصيصها[٢].

وفي فترة لاحقة فقد طرح الأستاذ Dénoyer.J.F طرحا متطورا، حيث رأى أن ملكية الأشخاص العامة للمال العام يمكن أن تفرع إلى حقوق عينية، وهذه الحقوق العينية تكون من نموذج خاص الذي يسند ضمانات للشاغل الخاص من أجل استقرار مركزه، إلا أن هذه الضمانات يجب أن تكون متناسبة مع تخصيص المال العام[٣]. ومن ثم لا يمكن الحديث عن حق عيني يثقل المال العام إلا بالنسبة للحقوق ذات المحتوى الفعال Positif **التي تجيز قطف منافع محددة، وتفرد بشكل كاف لأشخاص محددين**، كما لا يمكن الحديث عن حق عيني إلا إذا كان يوجد ثبات معين في مركز الشاغل الخاص للمال العام، والاستمرار في هذا الإشغال على نمط معين، مع توافق ذلك مع وقتية المركز الممنوح للغير بشكل أو بآخر إزاء الإدارة، لأنه يظل مقيدا بتخصيص المال العام للنفع العام أو لمرفق عام[٤].

أما بالنسبة للفقه الفرنسي المعاصر، لقد رأى البعض أن مبدأ عدم المساس بصورته الحالية ومجال تطبيقه الواسع غير متناسب مع المعطيات الاقتصادية و

---

[١] - Auby.J.M, Contribution à l'etude du domaine privé de l'administration, E.D.C.E, ١٩٥٨,n°١٢.P ٣٥.

[٢] - Capitant.R, Note, Sous, C.E, ١٧-٢- ١٩٣٢, R.D, P, ١٩٣٣, ٣, P٤٩.

[٣] - Dénoyer.J.F, L'exploitation du domaine public, L.G.D.J, Paris, ١٩٦٩, P١٠٤.

[٤] - Dénoyer.J.F, op.cit,p١٠٤.

القانونية المعاصرة ، وذلك من منطلق أنه كلما امتد مجال تطبيق مبدأ عدم المساس كلما تراجعت القيمة الاقتصادية للأموال العامة، ولاسيما العقارية منها[١].

وإن هذا الجمود في تطبيق مبدأ عدم المساس والذي أسبغ على المال العام حمائية مطلقة قد أدى إلى جعل هذا المال قيمة اقتصادية غير منتجة Improductif ، وموجودة خارج الحياة التجارية، وهو مايخالف عقيدة الدولة ذات الطابع الليبرالي، ومن ثم يغدو تكيف نظام المال العام مع الحياة الاقتصادية ضرورة ملحة[٢]. وقد ظهر هذا الالحاح الاقتصادي خصوصاً من خلال الاتجاهات العالمية المتمثلة في إقامة الانشطة الاقتصادية في مراكز النقل الكبرى ( المرافيء – المطارات – الطرق – السكك الحديدية)، وهذه البنى تنتمي في فرنسا في معظمها للمال العام الذي يخضع بدوره لمبدأ عدم المساس[٣]. وانطلاقا من ذلك، فإن المال العام يجب أن ينظر إليه بحسبانه مالاً اقتصادياً، ومصدراً للثراء، و إن إدارة الشخص العام للمال العام يجب أن تكون مؤطرة بالأهداف الاقتصادية إلى جانبا لأهداف المتعلقة بتخصيص هذا المال وحمايته[٤]. وهذه الرؤيا الفقهية تجد أساسها فيما اتجه إليه مجلس الدولة الفرنسي منذ زمن طويل، فبعد أن اعترف المجلس بأن حق الأشخاص العامة على مالها العام **هو حق ملكية**[٥]، فقد اقر بمسألة هامة جدا وهي أن المال العام ليس فقط محلاً لسلطات الضبط الإداري، إنما **هو محل أيضا للاستثمار و التنمية**[٦]. وهو ماينتج عنه أن الإدارة يجب أن تحقق على هذا المال

---

[١] - Jeun.PH, Ibid, p١٢٥.

[٢] - Fatôme.E, A propos des bases constitutionnelles, op.cit, p. ١١٩٢

[٣] - Laget-Annamayer.A, Occupation du domaine public et intérêt général, D'un pouvoir de gestion étendu des autorités domaniales à une liberté d'action encadrée, AJDA ٢٠٠٣ p. ١٢٠١.

[٤] - Laget-Annamayer.A, Ibid, p١٢٠١.

[٥] - C.E, ١٦-٧-١٩١٩, Ville de Paris, R.P٧٠٧, concl, Tessier.S,١٩٠٩,TIII, P٩٧, Note.M.Hauriou.

[٦] -C.E, ٢٩-١-١٩٣٢, Société des autobus amtibois,S,١٩٣٢,P٣٦٥, Note.P.Laroque.

العام الاستثمار الأفضل، وضمن فلك المصلحة العامة[1]. إلى أن صار مجلس الدولة الفرنسي أكثر وضوحا في هذا الاتجاه حين قرر صراحة أن سلطات الإدارة على الأموال العامة هي: سلطات بوليس Pouvoir des polices و سلطات إدارة Pouvoir des gestion و سلطات استثمار[2].

ولكن هذا الاعتراف بإمكانية الاستثمار على المال العام كما يلاحظ بعض الفقه الفرنسي لايمكن أن يكون مشروعاً إلا إذا تم الحفاظ على المال العام، في حين أن السلطتين الأخريين لاتملكان حدوداً سوى احترام المصلحة العامة والتطابق مع تخصيص المال العام، وهو ما ينتج عنه إذا تضاربت سلطتا الضبط و الإدارة مع سلطة الاستثمار فترجحان بشكل كامل عليها[3].

وإضافة إلى ما تقدم فقد ذهب جانب أخر من الفقه الفرنسي إلى القول أن إدارة المال العام يجب أن تشمل بنظرة تحديثية، تقوم على العقلنة الاقتصادية La Rationalisation économique للمال العام بحسبانه ذمة مالية Patrimoine[4].

وفي إطار العلاقة بين المال العام وقيمته الاقتصادية، فإنه – وكما لاحظ بعض الفقه الفرنسي بحق– تقتضي الحياة المعاصرة أحياناً أن لايوجد المال العام ذاته في دنيا الوجود القانوني إلا إذا وضع موضع التنمية و الاستثمار في إطار العلاقة مع رأس المال الخاص، ويضربون المال العام الهوائي Domaine public aérien، ولاسيما أن مبدأ عدم المساس قد استبعد جزءا كبيرا من الصيغ الحديثة

---

[1] - Concl.B.Chenot sur C.E.٥-٥-١٩٤٤, Compagnie martime de l'Afrique orientale.D.١٩٤٤, p١٦٤.

[2] - C.E, ٢٠-١٢-١٩٥٧, Société nationale d'éditions cinématographiques.S.١٩٥٨. P٣٧.Concl.Guldner

[3] - Fournier.A, Jacquot.H, op.cit, p٧٦٠.

[4] - Fatôme.E, A propos des bases constitutionnelles, op.cit, p١١٩٢.

للتطوير الاقتصادي[1]، وعلى أن يكون ذلك عن طريق التخفيف من حدة حماية المال العام، مع التوجه في نفس الوقت للمطالبة بأفضليات اقتصادية للاستثمار على هذا المال مثلا على ذلك، و الذي لم يتم التعرف عليه، وتشميله بالحماية التي يخضع لها المال العام، إلا في مناسبة البحث في استثماره من قبل المستفيدين من ترخيص الترددات الراديوية في مجال الاتصالات Fréquences radioélectriques ، فلولا هذه القيمة التقنية والاقتصادية التي قام بها هؤلاء المستفيدون لما ظهر المال العام الهوائي ذاته[2].

وهناك رأي متطرف جاء به البعض في فرنسا، وهو أنه لا يمكن الإقرار بالقيمة بالقيمة الاقتصادية والتنموية للمال العام إلا إذا تم إلغاء مفهوم المال العام في حد

---

[1] -Jeun.PH, op.cit, P١٢١.

[2] -Bourrachot.F, op.cit,p١١١٤.

علما أن المادة ١٠ من القانون رقم ٨٩ -٢٥ المؤرخ في ١٩٨٩/١/١٧، المتعلق بحرية الاتصال تنص على مايلي:

( استعمال المستفيدين من تراخيص الترددات الراديوية إنما يشكل طريقة لإشغال المال العام..).

أما قانون تحرير الاتصالات في فرنسا المؤرخ في ١٩٩٦/٧/٢٦، أكد الاتجاه الذي يقول أن الترددات الراديوية تشكل جزءاً من المال العام، حيث نص في المادة ٩٧-١ منه على أن الوكالة الوطنية للترددات Agence nationale de fréquences تملك مهمة ( التخطيط والإدارة والرقابة على استخدام المال العام للترددات الراديوالكترونية، بما فيها تلك الاستخدامات الخاصة.).

وقد سار قانون ٢٠٠٤/٧/٩ المتعلق باالاتصالات الالكترونية وخدمات الاتصال السمعي والمرئي، وكذلك قانون ملكية الأشخاص العامة ( المادة ٢١٢٤ -٢ منه) في نفس الاتجاه، ، حيث أكد هذان القانونان على أن الطيف الترددي Spectre hertzien إنما يعد جزءا من المال العام، ويستفيد كما كل أجزاء هذا المال من حماية خاصة، راجع:

-Rapone.D, La patrimonialité des actes administratifs en matière de communications électroniques, R.F.D.A, ٢٠٠٩, p٣٩.

- Melleray.F,op.cit, p٩٩٢.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق ،جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

ذاته، عن طريق تخصيصه[1]، وذلك تحاشيا للنظام القانوني للأموال العامة شديد الوطأة، ومن ثم التصرف بالأموال التي كانت تنتمي للمال العام بكل حرية، وبما يتوافق مع ضرورات الحياة الاقتصادية[2]، لذلك فقد تساءل بعض الفقه الفرنسي عن إمكانية وجود الدولة بلا مال عام في المستقبل[3]، إلا أن هذا الرأي لم يلق رواجاً في فرنسا، وذلك لأنه حل متطرف، حيث إن إدخال الأموال العامة في إطار التنمية الاقتصادية لايستلزم إلغاء نظام شامل Intégrisme ( وهو النظام القانوني للمال العام) وإحلال نظام شامل آخر محله ( هو خصخصة المال العام ذاته)، ولاسيما أن المال العام يقدم وسيلة جوهرية للتدخلية الاقتصادية Interventionnisme économique ، ويجب لذلك الاحتفاظ بالوسائل القانونية المتعلقة بالمال العام[4].

ومن الحلول المرنة جداً التي تم اقتراحها أيضاً في سبيل الحد من جمود المال العام اقتصادياً، والناجم أساساً عن مبدأ عدم المساس، كان ذلك المتعلق بالاحتفاظ بالمال العام والحد من عمليات إنهاء تخصيصه ( للنفع العام أو لمرفق عام)، ومنع خصخصته، ولكن شريطة أن لايطبق مبدأ عدم المساس **إلا على النواة الصلبة noyau dur للمال العام**، وهو ما يقصد به أن لايطبق مبدأ عدم المساس وأن

---

[1] - ومن قبيل ذلك ما اقترحه بعض الفقه من إمكانية بيع الأموال العامة في سبيل إقامة المشاريع، من قبل القطاع الخاص، ثم إمكانية إعادة تخصيص هذه الأموال للمنفعة العامة، وإدخالها ضمن المال العام مرة أخرى، راجع:

- Yolka.Ph, Un Etat sans domaine ? AJDA ٢٠٠٣ p. ١٠١٧, P١٠١٧.

[2] - Querrien.M, La Nouvelle gestion du domaine public immobilier de l'Etat , R.F.A.P,n°٧٦.oct-déc-١٩٩٥, P٦٧٦.

[3] - Yolka.Ph, Un Etat sans domaine ? op.cit, p١٠١٧.

[4] - Jeun.PH, op.cit, p١٤٦.

لاتشمل الحماية إلا الأملاك العامة الكبرى التقليدية، وترك باقي الأملاك العامة خارج نطاق الحماية[1].

ولعل أقوى الحجج التي ساقها الفقه الفرنسي فيما يتعلق بضرورة إيجاد قيمة اقتصادية للمال العام، وذلك من خلال إيجاد أنماط من التصرفات القانونية التي يمكن أن تثقله بحقوق عينية، كانت تلك التي برهنت على احتلال المصلحتين المالية والاقتصادية مكانا مرموقا ضمن النظام القانوني للمال العام، مما يمهد الطريق أمام إبرام مثل هذه التصرفات على المال العام، وينطلق هؤلاء الفقهاء من مقدمة هامة وهي تلك المتعلقة بإدخال مجلس الدولة **الفرنسي مفهوم المصلحة العامة ضمن النظام القانوني للمال العام**، وبحيث لا يكون المال العام فقط مجالاً لسلطة الضبط الإداري التي تفرضها الحمائية القائمة بدورها على مبدأ عدم المساس[2].

حيث يلاحظ أن مجلس الدولة الفرنسي وحتى بداية القرن العشرين كان يرتب الجزاء على الإدارة إذا سحبت تراخيص إشغال الطرقات Peromission de voirie ، لأجل سبب لايتعلق باعتبارات الضبط الإداري على هذا المال، ومن ثم فإن سحب هذه التراخيص بسبب غايات تتعلق بمردودية المال العام، قد تأيد من قبل المجلس بالإلغاء بسبب تجاوز السلطة[3]. وهذا يعني أن هذا الموقف التقليدي لمجلس الدولة الفرنسي قد تمثل في عدم إمكانية أن يكون المال العام المخصص لاستعمال العموم محلاً لأي نمط من أنماط التنظيم Réglementation إلا ضمن الغايات الضيقة المتعلقة بالضبط الإداري وفي سبيل حماية هذا المال، بحكم عدم جواز المساس به[4].

---

[1]- Jeun.PH, ibid, p١٤٦.

[2] - Laget-Annamayer.A, op.cit, p١٢٠٣.

[3] - C.E, ٢٠-١١-١٨٧٨, Dehaynin,S,١٨٨٠,II,P١٥٥.

[4] - Laget-Annamayer.A, op.cit, p١٢٠٣.

وقد طبق القضاء الإداري الفرنسي في مجال منح أو رفض ترخيص إشغال الطرقات نفس الاتجاه الذي اتبعه بالنسبة لسحب مثل هذه التراخيص[١]، على الرغم من استقراره بعد ذلك على ان قرارات منح أو منع تراخيص إشغال الطرقات تتعلق بالسلطة التقديرية للإدارة بشكل كامل[٢]. ولكن بعد ذلك تطور مجلس الدولة نحو الاعتراف بمشروعية البحث عن مردودية Rentabilité للاستخدام الخاص للمال العام[٣]، وذلك من خلال مرحلتين:

حيث اعترف في المرحلة الأولى بمشروعية **هدف الدفاع المالي** But de défense financière ، والتي تعني حماية الماليات العامة، قبل أن يجيز بشكل واضح الهدف المتعلق **بالغلة المالية الأفضل لإشغال المال العام إشغالاً خاصا**[٤].

وقد ظهر ذلك في قضاء مجلس الدولة الفرنسي مع بداية القرن العشرين، حيث كانت الكثير من البلديات الفرنسية قد منحت على سبيل الحصر تراخيص إشغال الطرقات لشركات الغاز لأجل القيام بأعمال الإضاءة العامة ، ولكن بعد ذلك اتجهت هذه البلديات ذاتها إلى منح شركات الكهرباء تراخيص إشغال طريق، لأجل إنارة الطرقات عن طريق التيار الكهربائي، ومن ثم فقد كانت البلديات مطالبة بدفع تعويضات كبيرة لشركات الغاز لأجل فقدان الاحتكار بإشغال الطرقات الذي منح لها، ومن ثم البلديات لم تكن تملك مفراً من دفع هذه التعويضات الكبيرة، نتيجة سحب تراخيص إشغال الطرقات التي كانت ممنوحة لشركات الغاز، وذلك لأن عمليات السحب هذه لم تكن مشروعة في ضوء اجتهاد مجلس الدولة السائد حتى ذلك الوقت، لأنها اتخذت ليس بهدف الضبط But de police **ولكن لاعتبارات مالية**.

---

[١] - Bernard.S, op.cit, p٢١٩.

[٢] - C.E, ١٤-١١-١٨٧٨, Dehaynin,S,١٨٨٠,II,P١٥٥.

[٣] - Pauliat.H, op.cit, p١٠٢.

-- Fatôme.E, A propos des bases constitutionnelles, op.cit, p١١٩٢.

[٤] - Bernard.S, op.cit, p٢٢٠.

وللخروج من هذا المأزق الذي وضعت البلديات فيه، والتي كانت أمام أمرين أحلاهما مر، فإما أن تدفع تعويضات كبيرة، و إما أن تحرم من التطور الحاصل بسبب الانارة الكهربائية، فإن مجلس الدولة الفرنسي أصدر حكما نوعياً، حيث ميز بين ترخيص إشغال الطرق المعطى لفرد، وذلك المعطى لمؤسسة ضمن مصلحة مرفق عام، وضمن الحالة الثانية، فقد قدر المجلس أن سحب التراخيص يمكن أن يتم ضمن غاية حماية توازن ماليات البلديات[1]. وبناء عليه، فإن المجلس في هذه القضية أجاز أن يسحب الترخيص لهدف مالي، وإن هذا الهدف يتجلى فقط في حماية الماليات العامة[2].

أما في فترة مابين الحربين، فقد تطور الأمر، حيث لم يعد التوازن الاقتصادي هو الغاية المالية المتوخاة فحسب عند منح أو منع أو سحب تراخيص الإشغال، إنما أصبحت الفائدة التي يمكن البحث عنها بشكل مشروع[3]، وتجسد هذا التطور للمرة الأولى حين قضى المجلس أن رفض المستفيد من ترخيص إشغال مال عام طلب زيادة الرسم الصادر عن الإدارة، كان من شأنه أن يبرر سحب ترخيص إشغال طريق[4]، أو فسخ العقد المرخص للإشغال الخاص انفرادياً[5].

أما في المرحلة الثانية، فقد قبل مجلس الدولة مشروعية البحث عن **مردودية المال العام كهدف لسحب أو عدم تجديد ترخيص الاشغال الخاص للمال العام، وذلك دون أن يقترن ذلك برفض صاحب الترخيص زيادة رسوم الإشغال.**

ففي سنة ١٩٣٢ اعترف مجلس الدولة الفرنسي بإمكانية سحب ترخيص إشغال طريق لمبررات تتعلق بالمصلحة المالية للإدارة، وذلك في حكم Rousselier ، و

---

[1] -C.E, ٦-٦-١٩٠٢, Coret, S, ١٩٠٣,III,P٥٦, Note.Hauriou.et D.١٩٠٤,III,P١٧,Conc.Romieu.

[2] - Bernard.S, op.cit, p٢٢١.

[3] - Bernard.S. Ibid, p٢٢١

[4] -C.E, ٢٤-١٩٥٩, Burfin, R.P٢٦٥.

[5] -C.E, ١٥-١٢-١٩٢٣, Sieur Peysson et autres,R.P٨٢٦.

التي تتلخص وقائعه في أن الجهة المدعية كانت قد استثمرت ( كشكاً) مشيداً بشكل قانوني على المال العام، إلا أن الإدارة اتجهت إلى سحب ترخيص الاشغال المذكور رغبة منها في تجميع عدد من الأراضي القريبة من كنيسة نوتردام لأجل استثمارها ككل واحد، وفي سبيل تحسين غلتها المالية، وقد رأى مفوض الحكومة في هذه الدعوى: "إن المصلحة المالية المجردة لا تكفي لتبرير سحب الترخيص"[١].

وهذا العمل المتعلق بمردودية المال العام كان أثبت قضائيا كما رأينا، و إن تمت مخاصمته في الأروقة الفقهية والقضائية[٢]، إلا أنه لم يعد محل شك بدءاً من سنوات الستينات من القرن العشرين، حيث نظر المجلس في دعوى متعلقة باستثمار المستودعات القديمة في محطة Saint- Lazare ، حيث قضى المجلس بجواز سحب ترخيص الإشغال محل النزاع، وأن الإدارة لم تتجاوز في سلطتها إذا كان هدفها – بحسبانها القوامة على مرفق الخطوط الحديدية– الاستثمار الأفضل للمال العام الحديدي[٣]. وقد تكرس هذا الاتجاه بوضوح بعد ذلك بسنوات، وبطريقة واضحة

---

[١]- وقد صدر هذا الحكم في ١٩٣٢/٥/٦، المجموعة ص٤٦٧، ومنشور في سيري ١٩٣٢، ٣، ص٦٥، وفي داللوز، ١٩٣٤، ٣، ص١٨، مع تقرير المفوض Rousselier وملاحظات Duclos ، وكذلك في نفس الاتجاه حكمه الصادر بتاريخ ١٩٣٢/١/١٣، في قضية Mironnean المجموعة ص١١٧، سيري، ١٩٣٣، القسم الثالث، ص٤١، مع ملاحظات Laroque ، وتبدى ذلك بوضوح في حكم Société Autobus Antibois ، المجموعة، ص١١٧، سيري، ١٩٣٢، القسم الثالث، ص٦٥، ومع ملاحظات Laroque ، علماً أن هذا الحكم يعد من الأحكام الكبرى لمجلس الدولة الفرنسي، راجع:

- Long.M-Weil.P-Braiban.G –Delvolvé.P-Genvois.B, Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, Dalloz, Paris, ١٩٩٩, ١٢ed, p٢٨٧.et.s.

[٢] - - Bernard.S, op.cit,p٢٢٢.

[٣] - C.E, ١٨-٣-١٩٦٣, Sieur Cellier, A.J.D.A, ١٩٦٣, p٤٨٤.

جدا، حيث أجاز مجلس الدولة مشروعية البحث عن المردودية من خلال الإشغال الخاص للمال العام، وذلك فيما يتعلق بإعطاء الحقوق الحصرية للإعلان على الطرقات العامة، ووضع حوامل الإعلانات على المال العام الطرقي[1]. وبموازاة فكرة المصلحة العامة المالية التي بلورها مجلس الدولة الفرنسي على مدى مايزيد أكثر من نصف قرن، فقد قبل مجلس الدولة الفرنسي أن تعطي الإدارة تسهيلات معينة لشاغلي المال العام، إذا قدرت أن هذه التسهيلات يمكن أن تشكل إنجازاً نافعاً لمرفق عام[2].

وعلى كل حال، فإن المحصلة النهائية لهذا الاستقراء للاجتهاد القضائي الفرنسي أن هذه المصلحة ذات المضمون المالي، هي التي أدت إلى إدراج الاعتبارات المالية ضمن النظام القانوني للمال العام، وهو ما قاد بدوره إلى مشروعية البحث في مردودية المال العام، ويعد ذلك النواة الأولى للبحث في القيمة الاقتصادية لهذا المال. [3] واستنادا إلى هذا البناء القضائي المتين يرى جانب من الفقه الفرنسي أن هذه المصلحة المالية تكتسي ملامح عديدة: فهي تتلازم مع البحث عن الفائدة لمصلحة الأشخاص العامة المالكة لهذا المال في حد ذاتها، مثل الربح النقدي، والأفضليات المالية، أو أية غايات مربحة أخرى، وبشكل عام تتبلور هذه المصلحة المالية التي يمكن أن تتوخاها الأشخاص العامة –في معرض ممارستها لملكية مالها العام – في إطار البحث عن كل المراكز التي ترسم المبدأ الاقتصادي للفائدة[4]. ولكن مفهوم المصلحة العامة كعنصر في النظام القانوني للمال العام لم يتوقف عند حد هذه المصالح المالية البسيطة، إنما تجاوز ذلك إلى مضمون جديد وهو المتعلق بالاهتمامات الخاصة ذات الطبيعة الاقتصادية لشاغلي المال العام،

---

[1] - C.E, ٢-٥-١٩٦٩, Société d'affichage Giraudy, A.J.D.A, ١٩٧٠, P١١٠.Note.De Laubadère.

[2] -C.E, ٢٠-١٢-١٩٥٧, Société nationale d'éditions cinématographique, P٧٣,Concl.Guldner R.P٧٠٢, S. ١٩٥٨,

[3] - Bernard.S, op.cit,p٢٢٢.

[4] - Laget-Annamayer.A, op.cit, p١٢٠٣.

حيث حدثت تطورات أصبحت تثير حساسيات اقتصادية جديدة، وهي التي ساهمت في إكساب المصلحة العامة هذه المرة بعداً اقتصادياً[١].

وقد تصاعد نجم هذا المضمون الاقتصادي الجديد للمصلحة العامة بحسبانها عنصراً من عناصر النظام القانوني للمال العام مع وجود صعوبة في تحقيق مشاريع تهدف إلى تنمية الأموال العامة عن طريق الشخص العام الذي يملكه، لأن المباديء التي تحكم المال العام، وفي مقدمتها مبدأ عدم المساس كانت ذات وطأة شديدة على المستثمرين الشاغلين للمال العام، والتي غالباً ما تذمروا منها، فكيف يمكن الاستثمار على المال العام وتنميته؟ وكيف يتم هذا الاستثمار من جانب مستثمر خاص دون إمكانية اللجوء إلى القرض الذي يستلزم بدوره ضمانات مالية تتمثل في ضرورة إثقال المال العام بحق عيني تبعي؟ وهو ما يعد من أكبر المحظورات في إطار النظام القانوني للمال العام، وكيف يمكن إقناع الصناعيين بالاستثمار على أراض التي لايرخص لهم بالتشييد عليها، وإقامة المنشآت الصناعية إلا على أساس المركز المؤقت والمهدد في كل وقت بالزوال[٢].

في الواقع إن هذا الوضع هو الذي قاد إلى إدراك عدم امكانية إجراء تنمية للمال العام، دون إشراك المستثمرين الخاصين، وأخذ حاجاتهم بالحسبان، من منطلق أن الأمن الاقتصادي للمال العام يتطلب أمناً قانونيا لمستخدميه. وأن شاغل الأموال

---

[١] - Lavialle.CH, Le Domaine public une catégorie juridique mencée? Op.cit, p٥٧٨.

performance publique, A.J.D.A, - Caillose.J, Le droit administratif contre ١٩٩٩, p١٩٥.

[٢] - Laget-Annamayer.A, op.cit, p١٢٠٧.

- Gondouin.G, Contrôle de constitutionnalité de la loi du ٢٥ juillet ١٩٩٤ complétant le code du domaine de l'Etat et relative à la constitution de droits réels sur le domaine public, AJDA ١٩٩٤ p.٧٨٦.

- Braconnier. S, Les BEA et AOT constitutives de droits réels, La Semaine Juridique, op.cit. p٢٣٩٦.

العامة العقارية خصوصا ليس إلا شريكاً اقتصاديا يعتز كليا بنشاطه المهني، ويشترك في تنمية المال العام، وبذلك يساهم من حيث النتيجة في اغتناء الشخص العام ذاته[1].

وقد تكللت هذه النظرة الفقهية المتعلقة بالمضمون الاقتصادي للمصلحة العامة، في إطار إدارة الأموال العامة بما قرره مجلس الدولة الفرنسي في أحد أحكامه الهامة، **والذي قرر بموجبه إدراج قانون المنافسة ضمن كتلة المشروعية القابلة للتطبيق على إدارة المال العام**، فقد رأى المجلس أنه: "يحق للشخص العام الذي يملك المال العام أن يدير هذا المال سواء ضمن مصلحة المال وتخصيصه، أم ضمن المصلحة العامة، كما يقع عليه من جهة أخرى، أن يأخذ بالحسبان القواعد المختلفة، وفي مقدمتها مبدأ حرية التجارة والصناعة وقانون المنافسة، وذلك عندما يكون المال العام محوراً لأنشطة إنتاج وتوزيع المنتجات أو أنشطة الخدمات، ومع وجوب مراعاة مصلحة المال وتخصيصه"[2].

وإزاء كل هذا النقاش المتعلق بإيجاد قيمة اقتصادية للمال العام، فإن جانبا من الفقه الفرنسي قد تساءل عن الطبيعة الدقيقة للمال العام، وهل هي تعد دعما للذمة المالية العامة، أم تعد حصرا دعما للمرفق العام؟ أم أنها في النهاية **وضمن المعطيات الاقتصادية الحديثة عبارة عن سوق** Marché ، ويجزم هذا الاتجاه الفقهي أن المال العام يتحول إلى سوق، لذلك لابد من دعم الأنشطة الواقعة على هذا المال، **وتطبيق وظيفة التنظيم La fonction de régulation**، والتي توفق بين حاجات حماية المصلحة العامة، وحماية المصالح الاقتصادية والخاصة، وكما هو الحال في قطاعات أخرى، **وهو ما يتطلب بدوره وضع شرعية جديدة للمال العام** Nouvelle légalité au domaine public[3].

---

[1] -Codfrin.PH, Droit administratif des biens A.Colin, Paris, ٦ed, P١٢٥. ,

[2] - C.E, ٢٦-٣-١٩٩٩, Société EDA, Concl.Stahl.J.H, A.J.D.A, ١٩٩٩, P٤٣٢.

[3] - Laget-Annamayer.A, op.cit, p١٢١٠.

وعلى هذا الأساس اعترف مجلس الدولة الفرنسي بالمضمون الاقتصادي للمصلحة العامة، في معرض إدارة المال العام، عن طريق الاعتراف بالأنشطة الاقتصادية على المال العام أولاً، وخضوع هذه الأنشطة للمنظومة القانونية الخاصة بها ثانياً.

هذه الحركة الفقهية الكبيرة هي التي قادت من حيث النتيجة إلى تدخل المشرع كما سوف نرى، ليصدر قوانين تتضمن تطوير الدور الوظيفي للمال العام، **وتفعيله اقتصادياً، توصلاً إلى دور وظيفي جديد له، هو الدور التنموي، وذلك عن طريق إباحة التصرف به، و إنشاء حقوق عينية عليه**، إلا أن ذلك لم يكن السبب الوحيد لصدور هذه القوانين، إنما هناك سبب آخر هام، هو تدخل المجلس الدستوري الفرنسي، والذي مهد مباشرة لصدور هذه القوانين.

## الفرع الثاني

## الأسباب المتعلقة بتدخل المجلس الدستوري الفرنسي

عرضت مسألة دستورية عدم المساس لأول مرة على المجلس الدستوري الفرنسي سنة ١٩٨٦، بشأن خصخصة مرفق الاتصالات، وقد أفاد المجلس آنذاك أنه لايجوز المساس بالمال العام إلا بعد نزع التخصيص عنه، وإنه لايجوز خصخصة أموال معينة إلا بعد نزع تخصيصها لاستعمال العموم أو للمرافق العامة[١].

إلا أنه ليس هذا هو الهام في موقف المجلس الدستوري الفرنسي، فذلك لايعد إلا تكراراً لفكرة قانونية ما زالت تسود في أروقة القانون العام في فرنسا والعالم العربي، ولكن الهام في موقف المجلس الدستوري سالف الذكر أنه اعترف بحق

---

[١] - Pauliat.H, op.cit, p١٠٢.

الملكية للأشخاص الاعتبارية العامة على أموالها العامة، وأن هذه الملكية يجب أن تكون محلاً للحماية الدستورية، على أساس أن ما ورد في إعلان حقوق الإنسان والمواطن بشأن حق الملكية وحمايته، لايتعلق فقط بملكية الأفراد إنما بملكية الأشخاص العامة على أموالها العامة أيضاً[1]. **ومن ثم فإن ما يلفت النظر في هذا القرار هو التأطير الدستوري لحق ملكية الأشخاص العامة على مالها العام**، لأن مجلس الدولة الفرنسي كان اعترف بحق الملكية للأشخاص العامة على مالها العام من زمن طويل، ولكن دون بيان أساس ذلك، حيث اعترف بهذا الحق بالنسبة لميناء Oran المقام على الأراضي المملوكة من قبل الدولة، حيث أكد بأن حق الإدارة على مالها ليس حق رقابة وحراسة فقط، إنما هو حق ملكية أيضاً[2]. كما تساءل المجلس عن ملكية إحدى البلديات على ممر عام[3].

---

[1] -C.C,n°٨٦-٢١٧-DC.d.١١٨-٩-١٩٨٦, R.P١٤١., J.O,١٩-٩-١٩٨٦,P١١٣٠٦.
Note Hauriou. [2] - C.E, ١٧-١-١٩٢٣, Piccioli, concl. Comeilles, ١٩٢٥،٣,P١٧,
Cncl.Rougevin [3] -C.E, ٨-٥-١٩٧٤, Giraud et Ttuchefaud, A.J.D.A, ١٩٧٤,P٣٧٩,
– Bavilte.

يلاحظ أن هناك تطبيقات قديمة اعترف فيها كل من القضاء الإداري والعادي على حد سواء بحق ملكية الأشخاص العامة على مالها العام، ويستنتج ذلك من تطبيق الأحكام الخاصة بالملكية المنصوص عليها في القانون المدني على ملكية الأشخاص العامة، فمنذ نهاية القرن التاسع عشر اعترفت محكمة النقض الفرنسية أنه من حق الإدارة أن تمارس لمصلحة مالها العام دعوى المطالبة بالملكية و استعادتها L'action en revendication:

- Cass.١١-٧-١٨٩٢,S, ١٨٩٣, P٣٩.

وكذلك دعاوى الحيازة Les actions possessoires :

- Cass.٦-٧-١٨٩٦, D, ١٨٩٦, P٢٥٢.

وأن الإدارة تملك الاشتراك في الجدار لفائدة مال عام:

- Cass.١٤ – ٢-١٩٠٠, D ,١٩٠٠, P٥٩٣,Note.Deloynes.

وبعد هذا الموقف الهام للمجلس الدستوري الفرنسي، ونتيجة ضغط بعض الفعاليات الاقتصادية والإدارية، ولا سيما الجهات الإدارية المالكة للأملاك العامة المتعلقة بالمرافيء Zones portuaires ، والذين كانوا طالبوا بإيجاد مرونة للتعامل مع هذا النوع من المال العام حتى يتمكنوا من منافسة المرافيء الأخرى في أوربة، وهو ماليس متحققاً في ظل الحماية المطلقة التي يفرضها مبدأ عدم المساس لهذه الأموال[1].

لذلك، وبعد محاولات عديدة ، ونقاشات مستفيضة لدى الحكومة الفرنسية، تم إيداع مشروع قانون في مكتب الجمعية الوطنية، وذلك بتاريخ ١٣/٤/١٩٩٤، وقد تضمن هذا القانون إمكانية ترتيب حقوق عينية على المال العام العائد للدولة و لمؤسساتها العامة، وفقاً لعقود أو تراخيص، وقد تمثل ذلك في حقين اثنين: فمن جهة يمكن أن يكون لشاغل المال العام إشغالاً خاصاً حق عيني على هذا المال، وهذا الحق ليس بحق ملكية كامل، إنما يعطيه التزامات و امتيازات المالك لفترة محددة، **ولايكون ذلك على المال العام ذاته إنما على المشيدات التي يقيمها الشاغل، ومن جهة أخرى فإن هذا الحق العيني لم يعط إلا في سبيل إنشاء حق عيني تبعي هو حق الرهن**، الذي يمكن أن ينشأ نتيجة للاعتراف بالحق العيني الأول للشاغل على

---

وهو الموقف الذي اتبعه مجلس الدولة فيما بعد، حيث قرر أن الإدارة يحق لها الحصول على الثمار الطبيعية للمال العام، وذلك فيما يتعلق بالأعشاب النابتة على حواف الطرقات:

- C.E , ٢٤-٢-١٩١١, Jacquemin,S,١٩١٢, P٧٣ , Note Hauriou.

وكذلك الحال بالنسبة لأحقية الإدارة المالكة للمال العام بملكية الكنوز المدفونة تحت هذا المال ( فحم موجود تحت حفريات ميناء):

- C.E, ٧-١-١٩٢٣, Piccioli, Précité.

[1] - Fournier.A - Jacquot.H, op.cit, p٧٦٥.

المشيدات والمنشآت التي يقيمها على المال العام، وهو الأمر الذي واظب مجلس الدولة على إنكاره[1].

وبعد اعتماد المشروع من قبل غرفتي البرلمان، تم تحويله إلى المجلس الدستوري بناء على طلب النواب الاشتراكيين، وهو ماسمح للمجلس الدستوري في أن يتابع عمله في نطاق الإطار الدستوري لنظام الملكية العامة[2].

ويبرر هؤلاء النواب إحالتهم إلى المجلس بأن القانون محل الإحالة **يقلب النظام القانوني للمال العام رأسا على عقب، ويحمل خصوصاً في أحكامه تجاوزاً على أحد أسس القانون العام الفرنسي، وهو المتعلق بعدم المساس بالمال العام، وقد جاء في إحالة النواب:** ( .. إن القضية الحالية تقدم للمجلس الدستوري مناسبة لا **نظير لها للاعتراف لمبدأ عدم المساس بالقيمة الدستورية التي تنجم بشكل واضح من التقليد القانوني الفرنسي La tradition juridique français، ولاسيما التقليد الجمهوري La tradition républicaine** )[3].

وفي الحقيقة، فإن ما أخذ على الإحالة المقدمة من هؤلاء النواب أنهم لم يقدموا أساساً نصياً Fondement textuel من الكتلة الدستورية الفرنسية لما تقدموا به من مطاعن دستورية في مواجهة القانون، كما أنه لم يكن واضحاً من الإحالة المقصود بالتقليد القانوني الفرنسي ولاسيما ( الجمهوري)، وهل ينصب على ما

---

[1] - Fournier.A - Jacquot.H, Ibid, p٧٦٦.
-Jeun.Ph, op.cit, P١٣٢.

[2] - Fournier.A - Jacquot.H, op.cit, p٧٦٦.
-Jeun.Ph, op.cit, P١٣٢.

[3] - Gondouin.G, Contrôle de constitutionnalité de la loi du ٢٥ juillet ١٩٩٤, Op.cit, p٧٨٧.
-Pauliat.H, op.cit,p٩٥.
-Jeun.Ph, op.cit, P١٣٣.
- Zenati.F, Droit de superficie, RTD Civ. 1995 p. 656.

يسمى في القانون العام الفرنسي بالمباديء المعترف بها بواسطة قوانين الجمهورية Principes [1]fondamentaux reconnus par les lois de la republique ؟ فإذا كان هذا هو المقصود، فإن المجلس الدستوري، قد أشار من زمن طويل إلى **أن مجرد مخالفة التشريع لتقليد جمهوري لايكون أساساً للقول بمخالفته للدستور**، ولو أدى هذا التقليد إلى ولادة مبدأ أساسي معترف به بواسطة قوانين الجمهورية[2].

ولكن هل يمكن القول أن ما قصده النواب بعبارتهم تلك هو **وجود نوع من العرف الدستوري** يقضي بعدم المساس بالمال العام؟ في الحقيقة لايمكن القول بذلك، لأن السلطات الدستورية لم تتطرق لهذا المبدأ لابشكل مباشر ولا غير مباشر منذ سنة ١٨٥٢ ، ومن ثم لاتتوافر عناصر الممارسة اللازمة لتكوين هذا العرف[3].

ولايمكن القول أن ما قصده النواب في نص إحالتهم إنما يتعلق بتكييف مبدأ عدم المساس على أنه من قبيل **المباديء ذات القيمة الدستورية**، وذلك لأن المبدأ ذا القيمة الدستورية لايوجد إلا بناء على نص دستوري يتقاطع معه على مستوى المضمون، أي أن هذه المباديء لابد أن يوجد لها أصل في في نص دستوري، وهو ماليس متوافراً في مبدأ عدم المساس[4].

وإضافة إلى ما تقدم، فإنه لم يوجد في الفقه الفرنسي عبر تاريخه الطويل من قال بالمضمون الدستوري لقاعدة عدم المساس بالمال العام، بل على العكس، كانت الاشارات الفقهية تنصب دائماً على الطبيعة التشريعية لا الدستورية لهذا المبدأ،

---

[1] - Jeun.Ph, Ibid,, P١٣٣.

[2] - C.C, Déc.n°٨٨ – ٢٤٤,D.C. Du ٢٠-٧-١٩٨٨,R. P١١٩.

وراجع في الفقه:

- Gondouin.G, op.cit, p٧٨٨.

[3] - Gondouin.G, Ibid, p٧٨٨.

- Pauliat.H, op.cit,p٩٦.

[4] - Gondouin.G, Ibid, p٧٨٨.

وذلك على الرغم من كونها كانت تملك قيمة دستورية في ظل النظام الدستوري الفرنسي القديم، في فترة ما قبل الثورة، ولاسيما عندما قننت في أمر Moulins الشهير سنة ١٥٦٦ ، ولكن لايمكن القول بأن المبدأ في هذه الحالة يملك قيمة دستورية لأن أمر Moulins لايعد عنصرا من عناصر الكتلة الدستورية في فرنسا[١].

وعلى كل حال، فإن المجلس الدستوري الفرنسي في معرض نظره بالإحالة[٢]، قرر في الحيثية الرابعة عشرة من حكمه: "أن النواب الذين أرسلوا الإحالة أثاروا أن مبدأ عدم المساس يعد ذا قيمة دستورية من وجهة نظرهم، وأن المادة ١ من القانون ( المادة التي أقرت الحق العيني) تخالف ذلك، إلا أن هذه المادة لاتتضمن تنظيماً للمساس بالأموال المنتمية للمال العام، مما يعني عدم صحة هذا الدفع.."[٣].

ومن الواضح أن المجلس الدستوري قد تجنب إبراز موقف صريح حول القيمة الدستورية لمبدأ عدم المساس، وهي مسألة هامة جداً، لأن ذلك أدى إلى إبقاء مبدأ عدم المساس دون قيمة محددة دستورية كانت أم تشريعية، مما خلف بعض الغموض حول موقفه[٤]، إلا أنه يمكن الاستنتاج من هذه الحيثية أن إثقال المال العام

---

[١] - Gondouin.G, Ibid, p.p.٧٨٨,٧٩٧. Note. ١٧.
- Pauliat.H, op.cit,p٩٦.

[٢] -C.C, ٢١-٧-١٩٩٤, Dec.n°٩٤-٣٤٦.D.C, J.O,٢٣-٧-١٩٩٤.p١٠٦٣٥, A.J.D.A, ١٩٩٤, P٧٨٦.

[٣] - Considérant que les règles et garanties ainsi énoncées sont de nature à assurer le fonctionnement des services publics et la protection de la propriété publique en conformité avec les dispositions et principes à valeur constitutionnelle ci-dessus rappelés ; que si les députés auteurs de la saisine invoquent à l'encontre de l'article ١er de la loi le principe selon eux à valeur constitutionnelle de l'inaliénabilité du domaine public, il ressort des dispositions de cet article qu'aucune d'entre elles n'a pour objet de permettre ou d'organiser l'aliénation de biens appartenant au domaine public ; que par suite le grief invoqué manque en fait ;

[٤] - Pauliat.H, op.cit,p٩٦.

بحقوق عينية لايكون معاكساً لمبدأ عدم المساس[1]، كما يمكن الاستنتاج على الأقل أن مبدأ عدم المساس لايملك قيمة فوق تشريعية[2] Super legislative .

ويلاحظ في نفس القرار، أن كل الحيثيات التي تسبق الحيثية الرابعة عشرة تدعو لضرورة **صيانة** و **حماية تخصيص المال العام**، **فعلى سبيل المثال تثبت الحيثية الخامسة** من القرار أن المادة ٣٤-١ من القانون تحل الإحالة القابلة للتطبيق وفقا للفقرة الأولى من المادة ٣٤-٥ من نفس القانون على اتفاقات ذات طبيعة مختلفة، هذه المادة يجب أن تفهم على أساس أنها تستبعد كل ترخيص للأنشطة التي لا تكون منسجمة مع تخصيص المال العام ذي العلاقة[3].

ودون أدنى شك، فإن استعمال مثل هذا التحفظ للتفسير يثير بوضوح المكانة المتفوقة الممنوحة من قبل المجلس الدستوري لمبدأ التخصيص في مجال الحقوق العينية[4]، وكذلك الحال في الحيثية الثالثة من القرار والتي ذكر فيها المجلس أن أحكام المادة ١٧ من إعلان حقوق الإنسان والمواطن، المتعلقة بحق الملكية، تحول دون أن يكون المال العام مثقلاً بحقوق عينية دون مقابل مخصص يعكس القيمة

---

[1] - Gondouin.G, op.cit, p.p.٧٨٨.

[2] - Zenati.F, Droit de superficie, op.cit, p٦٥٦.

[3] -Considérant que le premier alinéa de l'article L. ٣٤-١ dispose que le titulaire d'une autorisation d'occupation temporaire du domaine public de l'État a, sauf prescription contraire de son titre, un droit réel sur les ouvrages, constructions et installations de nature immobilière qu'il réalise pour l'exercice d'une activité autorisée par ce titre ; que cette disposition applicable en vertu du premier alinéa de l'article L. ٣٤-٥ aux conventions de toute nature ayant pour effet d'autoriser l'occupation du domaine public doit être entendue **comme excluant toute autorisation d'activités qui ne seraient pas compatibles avec l'affectation du domaine public concerné ;**

[4] - Pauliat.H, op.cit, p٩٧.

الحقيقية لهذه الذمة المالية العامة ( أي المال العام)، **بحسبانها وسائل للمرافق العامة التي خصصت هذه الأموال لها**[1].

لذلك، فإن إنشاء الحقوق العينية على نحو ما جاء به القانون محل القرار لايمكن أن يتم إلا إذا كان تخصيص المال مضموناً، أي أن الحقوق العينية يمكن أن تمنح لشاغلي المال العام إشغالاً خاصاً طالما كانت متوافقة مع تخصيصه[2].

وفي الحقيقة فإن القاضي الدستوري الفرنسي، قد انتهج منهجاً معتاداً في قراراته، وهذا المنهج هو التوفيق بين عدة مباديء، والمباديء التي وفق بينها في هذه الحالة هي: ( عدم المساس و ضرورات التطوير الاقتصادي للمال العام أي مراعاة المضمون الاقتصادي للمصلحة العامة، والذي أدى بدوره إلى إمكانية منح حقوق عينية لشاغلي المال العام إشغالاً خاصاً)، ومن ثم فإن قاعدة عدم المساس أصبحت متناسبة مع الغاية التي تسعى إليها، و المتمثلة في حماية التخصيص، وأن لا تكون عائقاً أمام غايات أخرى[3]. ولكن هذا الانسجام الجديد بين الحقوق العينية و

---

[1] - Considérant d'autre part que les dispositions de l'article ١٧ de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de ١٧٨٩ relatives au droit de propriété et à la protection qui lui est due ne concernent pas seulement la propriété privée des particuliers mais aussi, à un titre égal, la **propriété de l'État et des autres personnes publiques ; qu'elles font obstacle à ce que le domaine public puisse être durablement grevé de droits réels sans contrepartie appropriée eu égard à la valeur réelle de ce patrimoine comme aux missions de service public auxquelles il est affecté** ; qu'il revient au législateur d'y veiller, dès lors qu'il est compétent, en vertu de l'article ٣٤ de la Constitution, pour fixer les règles concernant les transferts de propriété d'entreprises du secteur public au secteur privé ainsi que pour déterminer les principes fondamentaux du régime de la propriété et des droits réels.

[2] -Jeun.PH, Ibid, P١٣٤.

[3] - Jeun.PH, Ibid, P١٣٤.

مبدأ عدم المساس تم تأطيره دستوريا عن طريق قواعد أخرى للقانون العام، وهو ما أدى من حيث النتيجة إلى إيجاد طبيعة خاصة للحقوق العينية الممنوحة بموجب القانون، **وتتمثل هذه القواعد في حسن سير المرافق العامة من جهة، وفي حماية الملكية العامة من جهة أخرى**، بحسبانهما المبدئين الدستوريين اللذين يجب أن يتطابق القانون محل الرقابة معهما، حيث رأى المجلس الدستوري أن الحقوق العينية التي تحترم هذه المتطلبات الدستورية هي التي تكون منسجمة مع مبدأ عدم المساس، وهو ما يجعل الحقوق العينية المعترف بها للشاغل الخاص مختلفة عن الحقوق العينية المنصوص عليها في القانون المدني، وهي لذلك تمثل حقوقاً عينية إدارية، مما يذكرنا بالطرح الذي جاء به الأستاذ هوريو في بداية القرن العشرين.

فقد شدد المجلس على أنه يجب على المشرع في معرض تعديله للأحكام القانونية المتعلقة بالمال العام أن لا **يهمل المستلزمات الدستورية Exigences constitutionnelles الناتجة من وجوب استمرارية و انتظام المرافق العامة التي تخصص لها هذه الأموال[1]. و لايكون ذلك إلا إذا كان تأسيس الحقوق العينية على الأموال العامة لا يحول دون ممارسة امتيازات السلطة العامة لأجل تأمين استمرارية سير المرافق العامة[2]، هو الأمر الذي دفع جانباً من الفقه الفرنسي للاستنتاج بأن وجود المال العام ذاته يعد من قبيل المستلزمات الدستورية، وكذلك وجود نظام قانوني متميز يحكم هذا المال[3]، ومن ثم توجد ضرورة دستورية تحتم**

---

[1]- مع ملاحظة أن المرة الأولى التي اعترف بها المجلس الدستوري الفرنسي بالقيمة الدستورية لمبدأ انتظام المرافق العامة و استمراريتها كانت سنة ١٩٧٩، وذلك في قراره رقم ١٠٥ –٧٩، تاريخ ١٩٧٩/٧/٢٥، راجع:

- Gonduin.G, op.cit,P٧٩٠.

[2]-Jeun.P, Op.cit,P١٣٨.

[3] - Fatôme.E, A propos des bases constitutionnelles, op.cit, p. ١١٩٣.

**انتماء أموال معينة للمال العام، وهي الأموال اللازمة لسير المرافق العامة[1]، كما أن النظام القانوني الخاص بالمال العام يكون الضامن لوجود واستمرار سير المرافق العامة التي تخصص هذه الأموال لها. إذ أنه دون ذلك لا يمكن للمرافق العامة أن تسير بانتظام و اطراد[2].**

ولعل هذا الأساس الدستوري المتعلق بانتظام سير المرافق العامة هو الذي دفع المشرع الفرنسي في معرض سنه للقانون محل الرقابة إلى مراعاة جميع الأحكام المتعلقة بوقتية المركز القانوني لشاغلي المال العام، فالوقتية التي راعاها المشرع، **وجدت ملاذاً لدى القضاء الدستوري لم تكن غاية في حد ذاتها، ولاتملك قيمة دستورية في حد ذاتها، إنما هي وسيلة لسير المرفق العام بانتظام**، كما هو الحال مثلاً في الأحكام المتعلقة بالفسخ الانفرادي لاتفاق الإشغال المنشيء لحقوق عينية لأسباب المصلحة العامة[3].

**أما الأساس الدستوري الثاني الذي استند عليه المجلس في هذا القرار فهو حماية الملكية العامة La protection due à la propriété publique** ، حيث استند المجلس على المادة ١٧ من إعلان حقوق الانسان والمواطن سنة ١٧٨٩ والمتعلقة بحق الملكية والحماية التي تضفى عليها، على أساس أن ذلك لا يكون خاصاً بالملكية الفردية فحسب، إنما ملكية الدولة والأشخاص العامة الأخرى، وإن هذه الحماية تفرض على المشرع – في حالة إجازة إنشاء الحقوق العينية لمصلحة شاغلي المال العام – اقتضاء مقابل مخصص يعكس القيمة الحقيقية

---

[1] - وبالمقابل فإنه إذا كان يستنتج من موقف المجلس الدستوري ضرورة وجود المال العام لأن ذلك يتلازم مع فكرة المرفق العام ذاتها ذات الأساس الدستوري، إلا أن ذلك لايعني وجود إلزام دستوري بانتماء مال معين إلى المال العام، وهو مايعطي السلطة التقديرية للمشرع في أن يخرج مالاً معيناً من دائرة المال العام في أي وقت. راجع:

- Fatôme.E, A propos des bases constitutionnelles, Ibid, p. ١١٩٤.

[2] - Fatôme.E, A propos des bases constitutionnelles, Ibid, p. ١١٩٤

[3] - Gonduin.G, Ibid,P٧٩٤.

لذلك، وكما يذهب جانب من الفقه الفرنسي أن هذا المقابل المشار إليه، ليس مقابلاً مالياً فقط لقاء منح هذه الحقوق العينية، إنما الاحتفاظ بوسائل السلطة العامة للإدارة مالكة المال العام في مواجهة من يمنح هذه الحقوق العينية، وذلك كله في سبيل تأمين حسن سير المرافق العامة[١].

وبالنتيجة لما تقدم فإن بعض الفقه الفرنسي، يرى أن أحد أهم ثمار هذا القرار الصادر عن المجلس الدستوري، أنه تم للمرة الأولى في تاريخ القانون العام الفرنسي إقرار إمكانية **تفريع حق الملكية** Démembrement de propriété الذي تتمتع به الأشخاص العامة على مالها العام، فقبل هذا القرار التاريخي كان مبدأ عدم المساس لايحول فقط دون المساس بملكية المال، **لكن أيضاً يمنع المساس بتفريع هذا الحق إلى حقوق عينية أخرى على غرار ما هو منصوص عليه في القانون المدني، حيث تتفرع كافة الحقوق العينية الأصلية عن حق الملكية**، وعلى هذا الأساس، وبعد أن اعترف المجلس الدستوري الفرنسي **بالأساس الدستوري لحق ملكية الأشخاص العامة على مالها العام سنة ١٩٨٦، فإنه أباح تفريع هذا الحق ضمن المستلزمات الدستورية التي أشار إليها ( حماية الملكية العامة، وحسن سير المرافق العامة)**، لينتج بذلك توافق ليس فقط بين مبدأ عدم المساس وملكية الأشخاص العامة للمال العام، بل توافق مبدأ عدم المساس، وتفريع حق الملكية، مما أثمر في النهاية حقوقاً عينية أصيلة ذات طابع إداري[٢]. يقوم على التوفيق بين النظام القانوني لحماية المال العام والحق العيني الذي يفترض في مفهومه السائد في القانون المدني حصرية معينة Certaine exclusivité [٣]، إلا أنه – وعلى الرغم من هذه الأصالة للحقوق العينية الإدارية – يمكن القول أن المجلس الدستوري من خلال هذا القرار استطاع أن يقرب بين نظام الملكية العامة من جهة ونظام الملكية الخاصة من جهة أخرى،[٤] على أساس أن فكرة التفريع هذه ترتبط بالشخصية

---

[١] - Gonduin.G, Ibid,P٧٩٦.

[٢] - Jeun.PH, op.cit,P١٣٦.

[٣] -Pauliat.H, op.cit, p٩٤.

[٤] - Godfrin.PH, op.cit ;P١٦٦.

القانونية ولا ترتبط بفكرة السيادة[1]. وإن كان المجلس الدستوري أقر الإنشاء ( البسيط) للحقوق العينية في هذا القرار، **وكأنه يقول أن الحقوق العينية درجات، والبسيط منها هو المتناسب مع سير المرافق العامة، وتخصيص المال للمنفعة العامة**[2]. وهذا التفريع الذي جاء به قانون ١٩٩٤/٧/٢٥، وكان محلاً لإقرار المجلس الدستوري، أدى من حيث النتيجة إلى التغيير في النظام القانوني للملكية في المنظومة القانونية الفرنسية،[3].

وعلى أي حال، فإن الفقه الفرنسي يرى أن هذا القرار الصادر عن المجلس الدستوري جاء متناسباً مع الاهتمامات المعاصرة المنصبة على هدف إيجاد قيمة ( اقتصادية) للمال العام، ومن ثم فإن هذا القرار يدرج بشكل كامل ضمن السياسة المدافعة عن المفهوم الاقتصادي للملكية Conception économique de la propriété[4]، وذلك كله توصلاً إلى فكرة المال العام الاقتصادي[5] Le domaine public .économique

وأخيراً يلاحظ من هذا التدخل الهام للمجلس الدستوري، ما أورده المجلس بشأن اختصاص المشرع في تحديد المباديء الأساسية لنظام الملكية والحقوق العينية وفقاً للمادة ٣٤ من الدستور الفرنسي، وهو ما يفيد أن وجود مبدأ عدم المساس لم يكن العقبة الوحيدة أمام إنشاء حقوق عينية لمصلحة شاغلي المال العام، بل إن العقبة الأخرى تتمثل في عدم تدخل المشرع المختص دستوريا في سبيل تقرير ذلك[6].

---

[1] - Pauliat.H, op.cit, p٩٤.

[2] - Jeun.PH, op.cit, ١٣٦.
-Pauliat.H, op.cit, p٩٤.

[3] - Pauliat.H, op.cit, p٩٤.

[4] - Jeun.PH,Ibid, P١٣٥.

[5] - Pauliat.H, op.cit, p٩٤.

[6] - Braconnier. S, Les BEA et AOT constitutives de droits réels, La Semaine Juridique, op.cit, p٢٣٩٥.

وبالرجوع إلى المادة ٣٤ من الدستور الفرنسي نجد أن هذه المادة تشير إلى اختصاص المشرع في تحديد المباديء الأساسية Principes fondamentaux لعدد من المسائل ومنها نظام الملكية والحقوق العينية، وذلك على خلاف ماتنص عليه الفقرة الأولى من هذه المادة التي تقضي باختصاص المشرع في تحديد **القواعد المتعلقة بجملة من المسائل الأخرى**[١]، فهل يعني هذا أن هناك اختصاصاً للسلطة

---

[١] -ART ٣٤

**La loi fixe les règles concernant :**

– les droits civiques et les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques ; la liberté, le pluralisme et l'indépendance des médias ; les sujétions imposées par la Défense nationale aux citoyens en leur personne et en leurs biens ;

– la nationalité, l'état et la capacité des personnes, les régimes matrimoniaux, les successions et libéralités ;

– la détermination des crimes et délits ainsi que les peines qui leur sont applicables ; la procédure pénale ; l'amnistie ; la création de nouveaux ordres de juridiction et le statut des magistrats ;

– l'assiette, le taux et les modalités de recouvrement des impositions de toutes natures ; le régime d'émission de la monnaie.

**La loi fixe également les règles concernant :**

– le régime électoral des assemblées parlementaires, des assemblées locales et des instances représentatives des Français établis hors de France ainsi que les conditions d'exercice des mandats électoraux et des fonctions électives des membres des assemblées délibérantes des collectivités territoriales ;

– la création de catégories d'établissements publics ;

– les garanties fondamentales accordées aux fonctionnaires civils et militaires de l'État ;

– les nationalisations d'entreprises et les transferts de propriété d'entreprises du secteur public au secteur privé.

La loi détermine les principes fondamentaux :

التنفيذية لكي تتدخل ضمن تنظيم الحقوق العينية الممنوحة لشاغل المال العام، بعد أن تضع السلطة التشريعية المباديء المتعلقة ذلك، دون أدنى شك، إن الإجابة في هذه الحالة تكون بالنفي، لأن المجلس الدستوري الفرنسي، ومنذ زمن بعيد أزال الحدود بين ( تحديد المباديء الأساسية)، أو ( تحديد القواعد) الواردين في المادة ٣٤ من الدستور، وقرر أن المشرع يستطيع أن يذهب بعيداً في المجال التشريعي في معرض قيامه بالتشريع في المسائل التي يحدد ( المباديء الأساسية المتعلقة بها)، وهو مايعني اقتصار التدخل التشريعي على السلطة التشريعية فحسب في إطار الاعتراف بالحقوق العينية على المال العام، و بحيث يكون اختصاص السلطة

---

– de l'organisation générale de la Défense nationale ;
– de la libre administration des collectivités territoriales, de leurs compétences et de leurs ressources ;
– de l'enseignement ;
– de la préservation de l'environnement ;
– **du régime de la propriété, des droits réels et des obligations civiles et commerciales :**
– du droit du travail, du droit syndical et de la sécurité sociale.

Les lois de finances déterminent les ressources et les charges de l'État dans les conditions et sous les réserves prévues par une loi organique.

Les lois de financement de la sécurité sociale déterminent les conditions générales de son équilibre financier et, compte tenu de leurs prévisions de recettes, fixent ses objectifs de dépenses, dans les conditions et sous les réserves prévues par une loi organique.

Des lois de programmation déterminent les objectifs de l'action de l'État. Les orientations pluriannuelles des finances publiques sont définies par des lois de programmation. Elles s'inscrivent dans l'objectif d'équilibre des comptes des administrations publiques.

Les dispositions du présent article pourront être précisées et complétées par une loi organique.

التشريعية ليس وضع ( المباديء الأساسية)، إنما أيضاً وضع القواعد المتعلقة بذلك[1]. وذلك كله يجعلنا نتفهم موقف مجلس الدولة الفرنسي و الذي واظب من خلاله على رفض الحقوق العينية على المال العام لزمن طويل، حيث إن ذلك كان يحتاج إلى تدخل تشريعي يتظم مثل هذه الحقوق العينية على المال العام، مع مراعاة المستلزمات الدستورية اللازمة لذلك، وهو ما حدث فعلاً من خلال التدخل التشريعي المنوه عنه للمشرع الفرنسي، والذي نظم الحقوق العينية على المال العام بما يراعي مبدأ عدم المساس بهذا المال، وتدخل المجلس الدستوري لتحديد المستلزمات الدستورية لهذا التنظيم للحقوق العينية[2].

## الفرع الثالث

## الأسباب المتعلقة بالمناخ القانوني الأوربي

طرحت مشكلة امتيازات السلطة العامة التي يمارسها مالكو المال العام، أمام القضاء الأوربي بالنسبة لإشغال البنى الكبرى التي تشكل جزءا من المال العام لغالبية الدول الأعضاء في الاتحاد ومن بينها فرنسا، ولاسيما بالنسبة لبنى النقل الكبرى مثل المطارات والموانيء البحرية، بحسبان أن هذه البنى تعد جزءا جوهريا من السوق الأوربية كما عبرت محكمة العدل الأوربية[3].

لذلك يمكن القول، أن هناك سببا ثالثاً أدى إلى العدول عن جمود مبدأ عدم المساس، الذي كان يحول دائما دون إنشاء حقوق عينية للغير على المال العام، ألا و هو المناخ القانوني السائد في أوربة آنذاك، سواء على مستوى القوانين الأوربية،

---

[1] - C.C. ٢٧-١١-١٩٥٩, Déc.n°٥٩-١, R.P٦٧.J.O,١٤-١-١٩٦٠ , P٤٤٢.

[2] -Jeun.PH, op.cit, P.P, ١٣٨,١٣٩.

[3] - C.J.C.E, ١٧-٥-٢٠٠١, TNT Traca SPA et poste Italiane SPA, Aff.C.٣٤٠-٩٩, R.PI-٤١٠٩.Pol.٤٢.

أم على مستوى الاجتهاد الأوربي، فقد تداول الفقه الفرنسي الحلول الموجودة في القوانين الداخلية الأوربية، وذلك من منطلق اقتراح استلهام الحلول منها للخروج من جمود مبدأ عدم المساس، الذي يحول دون إيجاد قيمة اقتصادية للمال العام، فالقانون الانكليزي يعترف بإمكانية شراء وتملك أموال عامة شريطة أن يكون الاستعمال العام مضموناً ومحترما[١]، وكذلك الحال في القانون الألماني، فإنه يمكن التصرف بالأموال العامة، طالما أن تخصيص هذا المال للاستعمال العام كان مضموناً[٢]. أما على مستوى الاجتهاد الأوربي، فإن محكمة العدل الأوربية قررت صراحة أن النظام القانوني لإشغال المال العام يجب أن لا يخالف معاهدة الاتحاد الأوربي[٣].

كما قررت المحكمة أن حرية تداول الخدمات، بحسبان أنها مبدأ أساسي في معاهدة الاتحاد، لايمكن أن تقيد **إلا بقواعد مبررة بأسباب المنفعة العامة القهرية**، وتطبق على كل مؤسسة أو عضو يمارسون نشاطاً على إقليم الدولة العضو، ولأجل أن تكون مثل هذه القواعد مبررة، فيجب أن تكون خاصة بالغايات التي سنت لأجلها، و أن لايتم الافراط في تطبيقه كما رأت المحكمة ذاتها أنه يجب على السلطة الإدارية المختصة في الدولة العضو أن تقيم الدليل على ضرورة مثل هذه القواعد التي تخالف مبدأ حرية تداول الخدمات ( أي تخالف مبدأ الحرية الاقتصادية)، وأن هذه المباديء المخالفة للحرية الاقتصادية لم تسن إلا في سبيل إشباع رسالة مرفق عام، وفي كل الحالات فإن الإجراءات المتخذة وفقا لهذه القواعد يجب أن تكون متوافقة مع الهدف المتوخى [٤].

---

[١] - Laubadère.A – Gaudement.Y, op.cit,P ١٢٦.
- Jacquot.H – Fournier.A, op.cit,P٧٦٣.

[٢] - Jeun.PH, op.cit,p١٣٤.

[٣] - C.J.C.E, ١٨-٦-١٩٨٥, Steinhauser.Aff.١٩٧١،٨٤,R.P.١٨١٩.

[٤] - C.J.C.E, ٢٥-٧-١٩٩١, Sager.aff.C.٧٦١٩٠.R.P١-٤٢٢١.
- C.J.C.E, ٣٠-١١-١٩٩٥, Gebhard.Aff.C-٥٥-٩٤, R.P١-٤١٦٥.
- C.J.C.E, ٢٨-٣-١٩٩٦, Guiot.Aff.C.٢٧٢,٩٤, R.P١-٩,١٩٠٥.

وفي ضوء هذا الاجتهاد الأوربي، فإن جانبا من الفقه الفرنسي رأى أن النظام القانوني الذي يحكم الأموال العامة إنما يتضمن قواعد تقيد الحرية الاقتصادية، وأن هذه القواعد لا تتوخى عند تطبيقها إشباع رسالة مرفق عام، كما أن الإدارة لاتقيم الدليل على ذلك عندما تمارس امتيازات السلطة العامة التي تتضمنها هذه القواعد في مواجهة الشاغلين للمال العام إشغالاً خاصاً، مما يؤدي إلى فقدان حقوقهم على الأعمال التي ينفذونها، على المال العام عند إشغالهم له، وذلك كله على أرضية وقتية الإشغال الناجمة بدورها عن قاعدة عدم المساس، وكل ذلك لايمكن تبريره في مواجهة الاجتهاد الأوربي إلا بإقامة الدليل من قبل الإدارة على أن مثل هذه الإجراءات المتخذة في مواجهة الشاغل تكون ضرورية لتحقيق رسالة مرفق عام[1].وقد رأت محكمة الدرجة الأولى للاتحاد الأوربي، بخصوص إدارة المال العام الخاص بالمؤسسة العامة لمطارات باريس Aéroports de Paris أنه يجب احترام الأحكام الآمرة المنصوص عليها في المادة ٨٢ من اتفاقية الاتحاد ، والتي تقضي بأن المؤسسات التي يقع على عاتقها إدارة مال عام هي كالمالكين من القطاع الخاص، ملزمة بالملاءمة، ومن ثم فإنه خارج الممارسة المبررة قانوناً لامتيازات السلطة العامة، فإن الإدارات المالكة للمال العام، لايمكن أن تستفيد من أفضليات لا يملكها المالكون في القطاع الخاص[2].

وكما يرى جانب من الفقه الفرنسي، فإن مثل هذه الاجتهادات تعني أن هناك تمييزاً Discrimination ينتج عن تطبيق قواعد مختلفة على مراكز متشابهة Comparables ، والمراكز المتشابهة في هذه الحالة هي مركز المالك العام والمالك الخاص، ويوجد التمييز بسبب القواعد الاستثنائية التي يملكها المالك العام على المال العام، والتي تجد أساسها في مبدأ عدم المساس، في حين لا يملك المالك الخاص مثل هذه الامتيازات، لذلك فإن الاجتهاد الأوربي، قيد استعمال هذه

---

[1] - Rézenthel.R, Vers meilleur protection contre la précarité, op.cit,P١٠٣٤.

[2] -C.J.C.E, ١٤-١٢-٢٠٠٤, Fazenda publica et Camara municipal.do porto , aff.C-٤٤٦-٩٨.R.P١١٤٣٥.

الامتيازات بالنسبة للمالك العام بمبررات تتعلق بحسن سير المرافق العامة وشريطة إقامة الدليل على ذلك[1].

وفي كل الحالات، وكما يرى Rézenthel بحق أنه وبناء على هذا الاجتهاد الواضح للقضاء الأوربي، فإن المال العام لم يعد في وقتنا الحالي سوراً لايمكن عبوره لأجل حمايته، **بل إن هذه الاجتهادات تفرض أن تكون مصالح شاغلي المال العام إشغالاً خاصاً محل حماية كبيرة**، وهذا لايكون إلا بترسيخ مركزهم القانوني، وهو الأمر الذي قاد المشرع الفرنسي إلى إيجاد منظومة من القوانين التي تعطي حقوقاً عينية لهؤلاء الشاغلين، وكل ذلك في سبيل الوصول إلى هذه الغاية[2].

## المبحث الثاني

## التصرفات القانونية المنشئة للحقوق العينية على المال العام

### ( متطلبات المساس بالمال العام)

أمام هذا الزخم الاجتهادي، وإزاء هذه الأفكار الفقهية متلاطمة الأمواج، كان لابد من تدخل المشرع في فرنسا، ليتجه نحو إمكانية الاعتراف بإنشاء حقوق عينية على المال العام، وذلك في سبيل تنمية الملكيات العامة من جهة[3]، وتنظيم الوظيفة

---

[1] - Rézenthel.R, Vers meilleur protection contre la précarité, op.cit,P١٠٣٣.

[2] - Rézenthel.R, Vers meilleur protection contre la précarité, op.cit, P١٠٣٣.

[3] - وذلك عن طريق إعطاء الفعاليات الاقتصادية مزيدا من الحماية في مواجهة مبدأ الوقتية، واستقراراً كافياً لإمكانية تحقيق الاستثمار على المال العام. راجع:
Braconnier. S, Les BEA et AOT constitutives de droits réels, La Semaine - Juridique, op.cit, p٢٣٩٥.

العقارية العامة Organisation de la fonction immobiliére من جهة أخرى[1]

.

وبذلك، سار المشرع الفرنسي في ثورة أو تطور قاعدي معمق، حيث صدر أولاً وفي وقت مبكر القانون رقم ٨٨ -١٣ تاريخ ١٩٨٨/١/٥، والمعروف بقانون تحسين اللامركزية، والذي أجاز إنشاء إجارة حكرية على الأموال العامة العائدة للجماعات المحلية ومؤسساتها العامة، ثم استقر هذا الحكم في إطار المادة ١٣١١ - ٢ وما بعدها من التقنين العام للجماعات المحلية[2].

كما تدخل المشرع الفرنسي تدخلاً حاسماً آخر، حين أصدر القانون رقم ٩٤ - ٦٣١ تاريخ ١٩٩٤/٧/٢٥، والذي أجاز إنشاء حقوق عينية من نمط معين على المال العام العقاري العائد للدولة ومؤسساتها العامة، والذي يعد مرحلة تطور هامة، في سبيل التوفيق بين وضع المال العام موضع التنمية من جهة، والحفاظ على حمايته القانونية من جهة أخرى[3]، وبعد صدور التقنين العام لملكية الأشخاص العامة[4] CGPPP فقد استقرت هذه الأحكام في المادة ل.٢١٢٢ من هذا التقنين[5].

وسوف ندرس في هذا المبحث التصرفات القانونية التي يمكن أن تنشأ الحقوق العينية عنها ، وذلك على الشكل التالي:

---

[1] - Piaui.C, Valorisation des propriétés publiques, J.C.P, adm.n°٤٣-٢٣-١٠-٢٠٠٦, p١٣٧٩.

[2] - Dyens.S, Le BEA est-il devenu le droit commun de valorisation dominal ? A.J.C.T, ٢٠١٣,P٨٠.

[3] - Pauliat.H, op.cit, p١٠١.

[4] - Code général de propriété des personnes publiques

[5] - Delvolvé.P, Les dispositions relatives aux droits réels sur le domaine des personnes publiques, op.cit, p٥٨٥.

## المطلب الأول

## ماهية التصرفات المنشئة للحقوق العينية على المال العام:

في سبيل تحديد ماهية التصرفات المنشئة للحقوق العينية على المال العام، لابد من البحث في مفهومها أولاً ( الفرع الأول)، وفي خصائصها ثانيا ( الفرع الثاني)، ومن ثم البحث في المشاكل التي تثيرها ( الفرع الثالث)، و ذلك كمايلي:

### الفرع الأول

### مفهوم التصرفات المنشئة للحقوق العينية على المال العام:

التصرفات المنشئة للحقوق العينية هي تلك التصرفات القانونية التي تبرمها الإدارة في سبيل تحقيق أثرين قانونيين هامين هما إشغال المال العام Occupation privative de domaine public ، وإنقال هذا المال بحقوق عينية وفقا لما يقرره القانون، وقد سميت هذه التصرفات تاريخياً التي تقوم الإدارة بموجبها بمنح الغير إشغالاً خاصاً للمال العام بالتزامات Les concessions إشغال المال العام[1].

وقد كانت هذه الإشغالات محل جدل في فرنسا قديماً، حيث عد جانب من فقه القرن التاسع عشر أن هذه الاستعمالات الخاصة للمال العام متعارضة مع تخصيص المال العام لاستعمال الجميع، إلى أن تدخل المشرع الفرنسي عن طريق قانوني ١٨٧٢/١٢/٢٠ و ١٨٨١/٧/٢٠ ، وأباح مثل هذه الإشغالات الخاصة

---

[1] - Long.M-Weil.P-Braiban.G –Delvolvé.P-Genvois.B, Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, op.cit, p٧٦.
- Gunduin.G, op.cit, p٦٨٦.

صراحة، ومن ثم فإن ذلك لم يعد مثار جدل منذ ذلك التاريخ، علماً أن هذه الإشغالات التي قررها المشرع الفرنسي لأول مرة بموجب هذه القوانين كانت من النوع البسيط غير المنشيء لحقوق عينية، والذي يمارس تحت مظلة الضبط الإداري الذي تمارسه الإدارة المعنية على مالها العام[1].

وقد جرى العمل القانوني بشكل تقليدي في فرنسا على إمكانية الإشغال الخاص للمال العقاري العام، إما على أساس ترخيص Autorisation يمنح من قبل الإدارة إنفرادياً، أو على أساس إبرام عقد مع الشاغل محله إشغال جزء من المال العام، وفي كلا الحالتين يلتزم الشاغل بدفع رسوم Les redevances مقابل هذا الإشغال، ولكن قبل سنة ١٩٨٨ كانت جميع عمليات الإشغال – سواء أستندت على عقد أم على ترخيص انفرادي– غير منشئة لحقوق عينية على المال العام لمصلحة الشاغل بأي شكل كان، ومن ثم فقد كيفت هذه الحقوق التي يستمدها الشاغل من هذه التصرفات بأنها من قبيل الحقوق الشخصية Les droits personnels ، وفي كل الحالات فقد أطلق في فرنسا على هذه التصرفات التي تبيح الإشغال الخاص للمال العام تسمية واحدة هي: Titre وتعني: ( سند)، وعلى ذلك، يطلق تعبير **سند الإشغال** في فرنسا للدلالة على التصرف المبيح للإشغال سواء أكان عقداً أو قراراً انفرادياً[2]. وحين صدر في فرنسا القانون رقم ٩٤ –٦٣١ لسنة ١٩٩٤ فقد حافظ على هذا النهج، حيث أقر أن التصرفات المنتجة للحقوق العينية تسمى أسناداً للإشغال، وأن هذه الأسناد تنقسم إلى تراخيص إنفرادية وعقود إشغال ( المادة ل.٣٤ –٥)، وهذا معناه أنه بدءاً من صدور هذا القانون أصبحت ( أسناد الإشغال) سواء أكانت انفرادية أم عقدية هي المصدر الذي تنشأ عنه الحقوق العينية على المال العام والتي أقرها القانون ذاته، واستقر ذلك في المادة ٢١٢٢ –١ من التقنين العام لملكية الأشخاص العامة النافذ حاليا والتي نصت على أنه: ( لا أحد يستطيع أن

---

[1] Gunduin.G, , Ibid, p٦٨٦.

[2] - Fournier.A - Jacquot.H, op.cit, p٧٧١.
- Lavialle.CH, La constitution des droits réels,op.cit,p١١٠٧.

يشغل المال العام إشغالاً خاصاً إلا **بسند** يخوله ذلك)[1]، وقد اتفق الفقه الفرنسي على أن هذا السند إما أن يكون عقديا أو إنفرادياً، على الرغم من عدم إفصاح نصوص تقنين ملكية الأشخاص العامة عن ذلك[2]، وهو نفس الوضع الذي قررته المادة ل. ١٣٢٢ -٥ من التقنين العام للجماعات الإقليمية، بالنسبة لأسناد إشغال المال العام العائدة لهذه الجماعات، وذلك كله **مع وجوب ملاحظة أن هذه التفرقة ما بين سندي الإشغال هامة جداً، حيث إن النظام القانوني لكلا السندين مختلف، كما كان عليه الأمر في فرنسا على الدوام**[3].

ولابد أن نلاحظ من جهة أخرى، أن الإجارة الحكرية التي اعترف بها المشرع للجماعات المحلية ومؤسساتها العامة، بموجب القانون رقم ٨٨ -١٣ تاريخ ١٩٨٨/١/٥، لا تنشأ – بحسبانها حقاً عينيا على المال العام- إلا بموجب عقد بين الإدارة والشاغل، ومن ثم فإن سند الإشغال الوحيد في هذه الحالة هو العقد[4].

وفي مجمل الأحوال، يمكن التوصل إلى نتيجة هامة جدا، وهي أن المشرع الفرنسي قد جعل الترخيص Autorisation بإشغال المال العام في التقنين العام لملكية الأشخاص العامة، وفي التقنين العام للجماعات الإقليمية أثراً لسند الإشغال، سواء أكان هذا السند عقداً أم قراراً فردياً، لذلك فإن مصطلح الترخيص بالإشغال الخاص في هذه الحالة يمكن أن يطلق على سند الإشغال سواء أكان عقدياً أم إنفرادياً، مع العلم أنه يوجد مشروع قانون قيد الدراسة الآن في فرنسا، يوحد جميع

---

[1]- **Article L٢١٢٢-١-** Nul ne peut, sans disposer d'un titre l'y habilitant, occuper une dépendance du domaine public d'une personne publique mentionnée à l'article L. ١ ou l'utiliser dans des limites dépassant le droit d'usage qui appartient à tous.

[2] - Delvolvé.P, Le bail réel immobilier administratif, RDI, ٢٠١٣, p. ٤٠٥.

[3] - Fournier.A - Jacquot.H, op.cit, p٧٧١.

[4] - Richer.L, Droit des contrats,٢٠٠٤, op.cit, p٥٧٨

- Richer.L, Droit des contrats,٢٠١٠ , op.cit, p٥٧٤.

أسناد الإشغال المنشئة للحقوق العينية تحت صيغة واحدة هي الإيجار العيني العقاري Le bail réel immobilier administratif ، وهذا النمط من الإيجار سيصبح المصدر الوحيد لكل الحقوق العينية، ومن ثم فإن المصدر الحصري لمثل هذه الحقوق سيصبح في القانون الفرنسي هو العقد، وذلك فيما لو تم إقرار المشروع طبعاً. وهو مايعني من حيث النتيجة زوال القرار الفردي كسند لإشغال المال العام، وكمصدر لإنشاء الحقوق العينية عليه، بعد أن ظل موجوداً في علاقات القانون العام المتعلقة بالمال العام في فرنسة فترة طويلة من الزمن[1].

أما في قطر، فيلاحظ أن المادة ٥ من القانون رقم ١٠ لسنة ١٩٨٧ بشأن أملاك الدولة العامة والخاصة، تنص على أنه: ( يجوز بمرسوم أن يمنح لشخص طبيعي أو اعتباري امتياز بالانتفاع أو باستغلال مال معين من أملاك الدولة العامة.).

ويصدر مرسوم منح الامتياز بناء على اقتراح الجهة المعنية حسب طبيعة استعمال العقار أو العقارات موضوع الامتياز، ويحدد في المرسوم العقارات محل الامتياز، ومدة الامتياز، وشروطه والتزامات صاحب الامتياز.

أما المادة ٦ مكرر[2]، فقد أجازت تأجير مال معين من أملاك الدولة العامة لشخص طبيعي أو معنوي بغرض الانتفاع به واستغلاله. وتخضع عقود الايجار لتصديق الأمير إذا زادت القيمة الإيجارية على ٥٠٠٠٠٠ ريالاً، ولتصديق وزير المالية و التجارة فيما لا يجاوز هذه القيمة.

ومن استقراء هذين النصين يلاحظ، أن سند الإشغال المنشيء لحقوق عينية هو القرار الانفرادي، أولاً، لأنه و حسب المادة ٥ من القانون لايمنح امتياز الانتفاع أو الاستغلال إلا بمرسوم، والمرسوم في هذه الحالة هو المرسوم الأميري، وهو من حيث الطبيعة القانونية يتمتع بطبيعة القرار الفردي، بحكم أنه يتعلق بحالة معينة

---

[1] - Delvolvé.P, Le bail réel immobilier administratif, op.cit, p٤٠٦.

[2] - المضافة بموجب القانون ١٢ لسنة ١٩٩٤.

بالذات، وقد سمي مرسوماً بالنظر إلى سمو الجهة التي صدر عنها، ويمكن القول، أنه بالنظر لأهمية هذه التصرفات فقد جعل القانون الاختصاص بإصدار القرارات المتعلقة بها محصوراً بالأمير وحده.

ولكن يمكن القول أيضاً أن للعقد دوراً أيضاً بحسبانه سنداً لإشغال المال العام في القانون القطري، وهو ما يبدو واضحاً في المادة ٦ مكرر من القانون، فقد نصت هذه المادة على عقود الإجارة المنشئة لحق الانتفاع و الاستغلال للمستأجر، و على أن لا تتحقق هذه الإجارة قانوناً إلا عن طريق الأسلوب العقدي، مع خضوع هذه العقود لتصديق وزير المالية والتجارة فيما دون خمسمائة ألف ريال، ومن الأمير إذا زادت القيمة الإيجارية السنوية على ذلك. لذلك يستنتج أن أسناد الإشغال وفقاً للقانون القطري هي القرار الانفرادي ( مرسوم أميري) أو العقد ( في حالة إبرام عقود الإجارة مع مراعاة مرجع التصديق لهذا العقد).

أما في سورية فقد نصت المادة ١ من القانون رقم ١٠٦ الصادر بتاريخ ١٩٥٨/٧/٣٠ على مايلي: ( تعتبر عقود استثمار العقارات المملوكة للدولة و البلديات والمؤسسات العامة، والتي أنشئت لتقوم بخدمة لها صفة النفع العام، تراخيص صادرة من الجهات الإدارية، و لاتخضع لأحكام قوانين الإيجار النافذ في كل ما يخالف الأحكام الواردة فيها.).

ومن الواضح أن هذا النص لاعلاقة له بأسناد إشغال منشئة لحقوق عينية، لأنه لا يتضح أن المشرع أراد ذلك أبداً، إنما السند الذي أشار إليه المشرع هو ( سند استثمار)، يتعلق باستثمار العقارات المملوكة للأشخاص الاعتبارية العامة التي تقوم بخدمة لها صفة النفع العام، ودون ان يرتب هذا ( الاستثمار) أي حقوق عينية، ومما يلفت الانتباه حقاً في هذا النص أن سند الإشغال الذي أشار إليه المشرع السوري هو تصرف قانوني ( خليط)، فبعد أن أقر المشرع بالطبيعة العقدية لهذا السند، عاد وأضفى عليه طابع الترخيص، حيث عد كل عقود الاستثمار ( تراخيص) صادرة عن الجهات الإدارية العامة، ولا نعتقد أن تعبير التراخيص في هذه الحالة يقصد منه أن يكون الترخيص أثراً للعقد، كما هو الحال في القانون الفرنسي، و

الدليل على ذلك صياغة المادة ذاتها، التي صبت اهتمامها على الخروج من التكييف العقدي، إلى تكييف هذه التصرفات (كتراخيص)، ولاسيما أن هذا التعبير قد اقترن مع تعبير آخر للتشديد على انفراديته، وهو أن هذا الترخيص ( صادر عن الجهات الإدارية وحدها).

من خلال ما تقدم يمكن القول أن سند الإشغال في القانون السوري هو القرار الانفرادي فقط، بحسبان أن هذا التكييف كان التعبير الأخير عن إرادة المشرع في مقام تكييف التصرفات المؤدية إلى إشغال المال العام.

وبموازاة هذه الحالات العامة لأسناد الإشغال في قطر وسورية، فإنا نلاحظ وجود أنماط خاصة للإشغال الخاص للمال العام، فلابد من التساؤل عن أسناد إشغالها، وهل هي عقدية أم انفرادية؟

ففي سوريا تقوم فلسفة القانون رقم ١٨ لسنة ٢٠١٠ المنظم لقطاع الاتصالات وسوقها، على اساس المال العام ( الهوائي)، وهو ما عبرت عنه المادة ٢ حين عرفت الترخيص بأنه: ( صك الترخيص الممنوح من الهيئة " أي الهيئة الناظمة لقطاع الاتصالات" أو أي اتفاق أو عقد تقوم الهيئة بتوقيعه مع شخص آخر، بغرض تمكينه من **إنشاء أو تشغيل أو إدارة شبكة اتصالات عمومية.. أو أية خدمات أخرى تقررها الهيئة، أو استخدام ترددات ضمن الترددات الراديوية**، لذلك يمكن **القول أن سند إشغال المال العام الهوائي وفقا للقانون السوري هو القرار الفردي**، وهو ما عبرت عنه المادة ٢ بتعبير ( صك الترخيص الممنوح من الهيئة)، هذا من جهة، ومن جهة أخرى، فإن السند في هذه الحالة أيضاً هو العقد الذي تبرمه الهيئة الناظمة مع شخص آخر، مع تحفظنا على عبارة ( توقعه الهيئة) الواردة في النص، لأن العبرة في إبرام العقد للتراضي وتبادل الايجاب والقبول وليس بالتوقيع.

أما قانون الاتصالات القطري، فقد نظم بدوره إشغال المال العام الهوائي حيث عرفت المادة الأولى من المرسوم بقانون رقم ٣٤ لسنة ٢٠٠٦ الترخيص بأنه: (

الترخيص الفردي أو الترخيص الفئوي وفقاً لأحكام الفصل الثالث من هذا القانون، أو الترخيص باستخدام الطيف الترددي وفقاً لأحكام الفصل الرابع من هذا القانون، وعرفت المادة ذاتها الترخيص الفردي بأنه: ( الترخيص الذي يعطى لشخص بعينه وفقاً لأحكام الفصل الثالث من القانون) ، والترخيص الفئوي هو: ( الترخيص الذي يمنح وفقاً لأحكام الفصل الثالث من القانون، لفئة محددة من مقدمي الخدمات، وينطبق على أي شخص يكون ضمن هذه الفئة، من دون أن يكون على ذلك الشخص أن يطلب هذا الترخيص)، أما المرخص له فقد عرفته هذه المادة بأنه: ( الشخص الحائز على ترخيص وفقاً لأحكام هذا القانون).

من مجمل ما سبق، يمكن القول أن المشرع القطري قد أخذ في معرض الإشغال الخاص للمال العام الهوائي، بسند إشغال وحيد هو الترخيص، أي القرار الانفرادي، والذي يصدره المجلس الأعلى وفقاً لأحكام الفصلين الثاني والثالث من القانون ٣٤ لسنة ٢٠٠٦.

**وهناك حالة خاصة لإشغال الأملاك العامة في قطر، وردت في القانون رقم ١ لسنة ٢٠١٣[1]، فبموجب المادة ٤ من هذا القانون أعطيت شركة سكك الحديد القطرية ( الريل) الحق ( بحفر الأنفاق اللازمة للمشروع تحت أملاك الدولة و الأملاك الخاصة)**، ومن الواضح أن تعبير أملاك الدولة الوارد في هذه المادة، يشمل أملاك الدولة العامة والخاصة في آن معاً، حيث إن النص ورد مطلقاً، وطالما كان الأمر كذلك، وطالما كانت شركة الحديد القطرية من أشخاص القانون الخاص[2]، فإنه لا بد من الاستنتاج أن هذا الحق المعطى للشركة بحفر الانفاق تحت أملاك الدولة

---

[1]- المتعلق باستثناء شركة سكك الحديد القطرية ( الريل) من بعض الأحكام الخاصة بنزع الملكية، وتنظيم حقوقها على بعض الأملاك العامة و الخاصة.

[2]- تنص المادة ١ من النظام الأساسي لشركة سكك الحددي القطرية ( الريل) على مايلي: ( تؤسس الشركة طبقاً لأحكام المادة (٦٨) من قانون الشركات التجارية الصادر بالقانون رقم ٥ لسنة ٢٠٠٢، شركة مساهمة قطرية مملوكة لشركة الديار القطرية للاستثمار العقاري.).

العامة، إنما هو إشغال خاص للمال العام، بحسبان أن ما تحت المال العام من طبقات هو مال عام أيضاً، وهذا الإشغال يتلازم مع حق عيني واضح لصالح الشركة، وحيث إن الأمر على هذا المنوال، فلابد من التساؤل عن سند إشغال هذه الشركة للمال العام في حال تم حفر الأنفاق اللازمة لعملها تحت مال عام عقاري محدد، في الحقيقة إن السند في هذه الحالة لا العقد ولا القرار، إنما القانون ذاته .

## الفرع الثاني

## خصائص الأسناد المنشئة للحقوق العينية

في الواقع إن الأسناد المنشئة للحقوق العينية تتمتع بمجموعة من الخصائص، يمكن إجمالها فيما يلي:

أولاً- **الطبيعة المسبقة Caractère préalable** : وفقاً للمادة ل. ٢١٢٢ – ١ من تقنين ملكية الأشخاص العامة الفرنسي[١]، فإنه: ( لايمكن لأي شخص كان أن يشغل جزءاً من المال العام المملوك للأشخاص الاعتبارية العامة، أو أن يستخدمه بما يتجاوز حق الاستخدام الذي يكون للعموم، بلا سند يعطيه الحق بذلك..)، وعلى هذا الأساس، فلا يجوز أن يتم الإشغال سواء أكان منشئاً لحق عيني أم غير منشئ لمثل هذا الحق إلا بسند ( عقدياً كان أم ترخيصاً انفرادياً)، يجيز ذلك للشاغل و إلا كان الإشغال غير مشروع[٢].

**ثانياً – الوقتية La précarité:** إن الأسناد التي ترخص إشغال المال العام لا تكون إلا وقتية، و سواء أكانت منشئة أم غير منشئة للحقوق العينية، وذلك على أساس المادة ل. ٢١٢٢ –٢ من تقنين ملكية الأشخاص العامة[٣]، وتأكيداً على ذلك فإن المادة ل. ٢١٢٢ – ٣ من التقنين ذاته تنص بوضوح على أن ( التراخيص تكون وقتية و قابلة للفسخ)[٤]، وهذه القابلية للفسخ الناجمة عن مبدأ الوقتية إنما تعني نية سحب الترخيص في كل وقت، أو فسخ العقد انفرادياً للمصلحة العامة على هدى

---

[١]- أصل هذه المادة هو المادة ٢٨ من تقنين لمال العام للدولة الملغى.

[٢] - Fournier.A - Jacquot.H, op.cit, p٧٧٢ .

[٣]- و أساس هذه المادة الفقرة الأولى من نص المادة ٢١ من تقنين المال العام للدولة الملغى.

[٤] -Art. L٢١٢٢-٣, L'autorisation mentionnée à l'article L. ٢١٢٢-١ présente un caractère précaire et révocable.

القواعد العامة للعقود الإدارية[1]، وقد حافظ المشرع الفرنسي على هذا المبدأ بأمانة، وعبر الأجيال التشريعية المختلفة، من خلال فلسفته القائمة على التوفيق بين مبدأ عدم المساس من جهة، وإيجاد قيمة اقتصادية للمال العام من جهة أخرى، وإن كان يعد في نظر الكثيرين منتقداً، ويتناقض مع مقتضيات الأمن القانوني لاستقرار مراكز المستثمرين على المال العام[2]. ومن الثابت فقهاً واجتهاداً في فرنسة أنه يمكن فسخ سند الإشغال للمصلحة العامة من جانب الإدارة، و لو لم ينص سند الإشغال على ذلك[3]. و لايقدح في ذلك إذا كان سند الإشغال لا يتضمن مدة محددة للإشغال، عندئذ لايعد السند باطلاً، و يمكن للإدارة أن تفسخ سند الإشغال إنفرادياً[4]، ولأسباب المصلحة العامة، شريطة أن تبرر ذلك[5].

ولكن التساؤل الذي يمكن طرحه في مجال الحديث عن مبدأ الوقتية، **هو ذاك المتعلق بإمكانية أن يشكل إنهاء سند الإشغال على النحو سالف الذكر اعتداء مادياً Voie de fait**، لقد أجاب الفقه الفرنسي على ذلك بشكل جازم حيث رأى أن **انهاء الإشغال بسبب خصيصة الوقتية قبل حلول أجله لا يشكل اعتداء مادياً، وذلك لأن الاعتداء المادي لايكون إلا على الملكية**، و الشاغل بطبيعة الحال ليس مالكاً و لا حائزاً Possesseur إنما هو مجرد واضع يد Detenteur، إضافة إلى

---

[1] - Lavialle,Ch, Voie de fait et domaine public, RFDA ٢٠٠٠ p. ١٠٤٢.

[2] - Fournier.A - Jacquot.H, op.cit, p ٧٧٢.
- Rézenthel.R, op.cit, P١٠٥٣ et.s.
-Jeun.PH, op.cit,P١٣٢.

[3] - Charmard-Heim,.C, Les conventions d'occupation du domaine public local, La Semaine juridique.A.C.T, ٢٠١٣, P٢١٨١.

[4] - De Montecler.M.Ch, Une autorisation d'occupation est précaire même si elle ne le dit pas, A.J.D.A, ٢٠٠٩, p٢٣١.

[5] - C.E, ٥-٢-٢٠٠٩, Société centrale d'agriculture , Concl. Escault.N, n°٣٠٥٠٢١, A.J.D.A, ٢٠٠٩, p٢٣٢.

ان مركز الشاغل لا يمكن أن يكون إلا في مركز مؤقت، بحكم أن تخصيص المال العام في حالة تغير دائمة[١]، وفي الحقيقة إن شبهة الاعتداء المادي تثور في حالة الانهاء المبتسر لسند الإشغال لأن انهاء الاشغال يتبعه أحياناً طرد من الجزء المشغول من المال العام فيما إذا امتنع الشاغل عن إخلائه طوعاً، وفي هذه الحالة من الممكن أن يتزامن هذا الطرد مع اتلاف لبعض المنقولات التي يستخدمها الشاغل في معرض إشغاله للمال العام[٢]، في هذه الحالة قررت محكمة التنازع الفرنسية أن الانهاء المبتسر للإشغال للمصلحة العامة ومايتبعه من طرد الشاغل، لايشكل اعتداء مادياً، وهو من المسائل التي يختص القضاء الإداري بالنظر في التعويض عليها، أما اتلاف المنقولات الذي وقع نتيجة الطرد فإنه يشكل اعتداء مادياً لأنه يتضمن اعتداء على حق ملكية للشاغل، وهو يدخل ضمن اختصاص القضاء العادي[٣].

وإذا كان الاعتداء المادي يمكن ان يتشكل أيضاً من خلال الاعتداء على حرية أساسية، فإن الحرية الأساسية التي يمكن الاعتداء عليها في حالة الانهاء المبتسر لسند الإشغال هي حرية التجارة والصناعة[٤]، إلا أن مجلس الدولة الفرنسي رأى أن الانهاء المبتسر لسند الإشغال لا يؤدي إلى الاعتداء على هذه الحرية، لأن هذه الحرية يجب أن لا تتعارض مع سلطات إدارة المال العام[٥].

**ثالثاً– الطبيعة الشخصية Caractère personnel:** إن سند إشغال المال العام و لاسيما إذا كان منشئاً لحق عيني يتمتع بالطبيعة الشخصية، لذلك يجب على الإدارة مالكة المال العام أن تأخذ مبدأ الاعتبار الشخصي L'intuitus

---

[١] - Lavialle,Ch, Voie de fait et domaine public, op.cit, p ١٠٤٢.

[٢] - Lavialle,Ch, Voie de fait et domaine public, ibid, p١٠٤٢.

[٣] -T. C., ٤ juill. ١٩٩١, *Association MJC Boris Vian*, Rec. p. ٤٦٧ ; AJDA ١٩٩١,٧٣٨, chron. C. Maugüé et B. Schwartz , JCP ١٩٩١.IV.٣٩١, obs. M.-C. Rouault. Egalement.

[٤] - Lavialle,Ch, Voie de fait et domaine public, ibid, p١٠٤٢.

[٥] - CE, ٢٨ oct. ١٩٦٠, *Martial de Laboulaye*, Rec. p. ٥٧٠

personae بالحسبان، و هو ما يعني أخذ الصفات و المؤهلات الشخصية للشاغل بعين الاعتبار، و لاسيما التقنية و المالية منها، وذلك لأن الشاغل يجب أن يمارس شخصياً الحقوق و الالتزامات الناجمة عن سند الإشغال الخاص به[1]، وهذه الطبيعة الشخصية لسند الإشغال، هي التي دفعت مجلس الدولة الفرنسي تقليدياً إلى حظر التنازل عن السند أو تحويله للغير، لا صراحة[2]، ولاضمناً في حالة الارث[3].

إلا أن هذا الحظر المطلق للتنازل عن السند أو تحويله بدا غير منسجم مع الأسناد المنشئة للحق العيني، الذي نص عليه القانون ( في المادة ل. ٢١٢٢ – ٦ من تقنين ملكية الأشخاص العامة)[4]، وغير محقق لمتطلبات الاستثمار[5]، لذلك فإن النصوص القانونية الحالية في فرنسة كانت مرنة حيث لم تلغ الطبيعة الشخصية لسند الإشغال، إلا أنها أباحت التنازل و التحويل لغايات التفعيل الاقتصادي[6]، وعلى هذا الأساس يجوز التنازل أو التحويل للأسناد المنشئة للحق العيني بين الأحياء أو بسبب الوفاة، أو بسبب اندماج الشركات ( المستفيدة من الترخيص) بشركات أخرى، أو انفصالها، إلا أن المشرع الفرنسي قد وضع شرطين لذلك، وهما: أن توافق الإدارة على ذلك، وأن لا يكون من شأن التنازل المساس بتخصيص المال العام الذي ينصب عليه سند الإشغال محل التحويل أو التنازل، كما يجوز أن ينتقل السند بما

---

[1] -Melleray.F, op.cit, p٩٩٩.

[2] - C.E, ٥-٧-١٩٣٣, Burgess Moore.R.p٧٤٢.

[3] - C.E, ٢١-١٢-١٩٧٧, Ministre des finances, R.D.P, ١٩٧٨.P١١٦٢.

- C.E , ١٠-٥-١٩٨٩, Munoz,Dr.adm.n°٣٣٦.

مع ملاحظة أن حظر التنازل لم يكن مطلقاً، حيث إن مجلس الدولة الفرنسي كان قد أباح التنازل عن سند الإشغال في بعض الأحيان، و شريطة موافقة الإدارة، راجع:

- Memouoff.C, Domaine public et entreprise privé, La dominalité publique mise en péril par le marché, th, Perpigon, ١٩٩٦, P ٩١.

[4] - وقبلها المادة ٣٤ – ١ من تقنين المال العام للدولة الملغى.

[5] - Laget-Annamayer.A, op.cit, p١٢٠٨.

[6] -Richer.L , ٢٠٠٤, op.cit,p٥٨٧, ٢٠١٠, op.cit, P٥٨٣.

يتضمنه من حقوق عينية لورثة المستفيد المتوفى، وشريطة اتفاق الورثة على ذلك، وموافقة الإدارة[1]. إلا أن أحكام التنازل و التحويل وردت تشريعيا بشكل يقتصر على أسناد الإشغال المنشئة لحقوق عينية فحسب، في حين تبقى الأسناد غير المنشئة لحقوق عينية غير قابلة للتنازل أو التحويل[2]. كما أن هذه الإباحة التشريعية للتنازل والتحويل لم تمنع جهات القضاء الإداري الفرنسي أن تؤكد أن الأصل في أسناد الإشغال هو الاعتبار الشخصي[3].

وقد سار المشرع الفرنسي إلى آخر الشوط، حيث أجاز رهن الحق العيني الناتج عن سند الإشغال، وكذلك الأعمال و المشيدات والتجهيزات التي يحققها الشاغل على المال العام العقاري المشغول، ودون ريب فإن إباحة الرهن على هذا النحو، يمكن أن تقود إلى نوع من أنواع التنازل[4].

**رابعاً– الطبيعة المجردة:** تتسم أسناد الإشغال بالطبيعة المجردة، أي أنها ذات طابع رضائي بحت، ومن ثم فلا تشترط أشكال معينة لإبرام وقيام مثل هذه التصرفات، وفي مقدمتها الكتابة[5]، وعلى هدى ذلك فقد اتجه القضاء الإداري

---

[1]- راجع المادة ٢١٢٢ -١ من تقنين ملكية الأشخاص العامة الفرنسي، و راجع في الفقه:

-Fournier.A - Jacquot.H, op.cit, p٧٧٩ .
-Jeun.Ph, p١٢٧.
-Richer.L , ٢٠٠٤, op.cit,p٥٨٧, ٢٠١٠, op.cit, P٥٨٣.

[2] - Fatome.E, Commentaire, op.cit, p٩٢٣.et.s.

[3] - C.A.A, Marseille, ١٥-٥-٢٠٠٣, Commune de Saint -Louent-du-Var, Chs et MP.٢٠٠٣ ,n°١٨١.

[4]- راجع المادة ٢١٢٢ – ٨ من تقنين ملكية الأشخاص العامة الفرنسي. وراجع في الفقه:
- Fournier.A - Jacquot.H, op.cit, p٧٧٠ .

[5] - Charmard-Heim,.C, op.cit, P٢١٧٤.

الفرنسي إلى أنه لا يوجد إلزام قانوني بأن يكون سند الإشغال مكتوباً، وذلك لأن المشرع لم ينص على ذلك لا في قانون ملكية الأشخاص العامة، ولا في أي نص تشريعي آخر[1]. ومن ثم يمكن أن يبرم سند الإشغال بشكل شفوي Verbal، وإن كانت عدم كتابة أسناد الإشغال من شأنها أن تثير صعوبة في إثبات وجود هذا السند ذاته، مما يعزز من عدم استقرار مركزه القانوني المحكوم بمبدأ الوقتية أساساً، و في نفس الوقت يخلق صعوبة أمام محاسب الإدارة في تحصيل مقابل الإشغال من صاحب السند ( الشفوي)، وذلك انطلاقاً من ضرورة توافر المستندات القانونية اللازمة لهذا التحصيل، وهو ما لايتوافر في حال كان الإشغال شفوياً[2].

## الفرع الثالث

## الإشكاليات المتعلقة بأسناد إشغال المال العام

تثير أسناد إشغال المال العام عدداً من الإشكاليات، وأول هذه الإشكاليات تلك المتعلقة بالإشغال البسيط للمال العام، وفيما إذا يتطلب سنداً للإشغال، أم لا يتطلب ذلك، وثانيها هو المتعلق بإشغال المال العام المنقول، وثالثها المتعلق بقابلية أسناد الأشغال لإنشاء الحقوق العينية:

### أولاً – الإشغال البسيط للمال العام:

لقد أثيرت في فرنسا حديثا مشكلة هامة و دقيقة، وهي المتعلقة بماهية الإشغال الخاص للمال العام، و هل يعد أي نمط من الإشغال الفردي إشغالاً خاصاً، ومن ثم يحتاج إلى سند إشغال؟

لقد أجاب الفقه الفرنسي بأنه يقع ضمن الاستخدام العام للمال العام كل استخدام يقوم به الأفراد بطريقة عامة دون امتلاك سند خاص Un titre spécial ،

---

[1] - C..A.A, Marseille, ١٨-١٢-٢٠١٢, n°١١MA٠٠٩٨١.

[2] - Charmard-Heim,.C, op.cit, n°١٨١, P.٢١٧٤.

في حين أن الاستخدانات الخاصة تمنح حصريا لشخص، وتشكل بالمعنى الدقيق للكلمة استخدامات فردية[1] Utilisations singulières .

وقد طرح الأستاذ Trotobas في رسالته القديمة سؤالاً يتعلق بالعلاقة بين الترخيص و الإشغال، وقد رأى أنه لا توجد علاقة بينهما، وإن الاشغال الخاص يمكن أن يتم بلا ترخيص، أي بلا سند، إلا أن مجلس الدولة الفرنسي لم يأخذ بهذه الفكرة، حيث ربط في أحد أحكامه الشهيرة بين الاستخدام العام وعدم الترخيص، وعلى العكس، بين الاستخدام الخاص والترخيص ( السند المسبق).[2]

إلا انه بعد سنوات من هذا الموقف القضائي الواضح لمجلس الدولة الفرنسي، يلاحظ أن هناك آراء قضائية قد ترددت في أروقة المجلس، وطالبت بتحديد مفهوم الإشغال الخاص على أساس موضوعي وليس عضوي، فطالما كان الشخص أو المؤسسة يمارسون نشاطهم الاقتصادي على المال العام، فإن الاشغال يكون خاصاً[3].

كما رأى البعض الآخر أنه لا ضرورة لاستلزام الترخيص المسبق للقول بالإشغال الخاص، حيث إنه لا يوجد فرق بين الإشغال الذي يقوم به البائع المتجول ( الذي لايعد إشغاله خاصاً لعدم تطلب الترخيص بالنسبة له) من جهة، والبائع الذي يعرض بضائعه على الرصيف والذي يتطلب إشغاله ترخيصاً، ومن ثم يعد إشغاله خاصاً؟

وعلى هذا الأساس، فإن محكمة نيم الإدارية قضت أن الأشخاص الذين لايمكن أن يمارسوا أنشطتهم المكسبة، وأن يحققوا العمليات المادية للبيع، إلا لأن

---

[1] - Trotobas.L, De l'utilisation du domaine public par les particulier, Essai de classification juridique, thèse, Paris, ١٩٢٤, P.P٤٤ et٧٢.

[2] - C.E, ٢٢-٦-١٩٥١, Daudignac, R.P٣٦٢.D, ٥٩١, Concl.F.Gazier.

[3] - Kahn.Concl.Sur. C.E, ١٥-١٠-١٩٦٥, Préfet de police – C- sieur Alcaraz, Dame Tamajevic et autres, A.J.D.A, ١٩٦٥,II, P٦٦٢.

زبائنهم يقفون مؤقتاً على الطريق العام لأن متاجرهم تطل عليه، مثل هؤلاء يجب أن ينظر إليهم كمستخدمين خاصين للمال العام، ومن ثم فإنه يحق للإدارة أن تتقاضى منهم رسوماً لقاء هذا الإشغال الخاص للمال العام[١]. وقد قضت محكمة نيم الإدارية بذلك، على الرغم من أن مجلس الدولة الفرنسي، كان قضى وفقاً لمنهج مختلف حيث رأى، أنه لايعد إشغالاً خاصاً يوجب دفع رسوم إشغال للإدارة، ذلك الذي يقوم به الباعة المتجولون، الذين يجولون في الطرقات العامة، و لا يتوقفون عليها إلا لمدة زمنية قصيرة، و عندما يريدون إبرام بيع محدد[٢]. إلا أن محكمة الاستئناف الإدارية لمرسيليا، قد سارت عكس اتجاه محكمة نيم الإدارية، إذ قدرت أن هذا الإشغال لا يعد خاصاً، و لايتجاوز حق الاستعمال الذي ينتمي للجميع[٣]. وكانت حجة هذه المحكمة أن هؤلاء التجار المالكين للمحلات التي يقف أمام واجهاتها الزبائن ليسوا بحاجة للحصول على ترخيص بإشغال المال العام، و إن كان زبائنهم يقفون على جزء من المال العام عندما يقفون أمام واجهات المحلات التجارية العائدة لهؤلاء، وذلك كله استناداً لما تنص عليه المادتان ل. ٢١٢٢ – ١ و ل. ٢١٢٥ – ١ من التقنين العام لملكية الأشخاص العامة، فقد عدت المحكمة المادة (ل. ٢١٢٥ – ١ ) والتي تشير إلى أن كل إشغال يوجب دفع رسم[٤]، لاتطبق إلا على الفرضيات

---

[١] - T.A, ٣-٣-٢٠١١, M Lagange, Société le Palais des pains, Société ABC, La brioche et autres. M.M.Chiappinelli et autres, A.J.D.A, ٢٠١١, P١٠٢٢.concl/F/Heinry

[٢] - C.E, ١٥-٣-١٩٩٦, Syndicat des artisans, Fabricants de Pizza non sédentaires Provence – cote d'azur, R.p٧٨.

[٣] -C.A.A, Marseille, ٢٦-٦-٢٠١٢, M.Chiappiemelli, M.La gronng .A.J.D.A, ٢٠١٢, P١٢٥٤.P.٢١٠٩.Note.S.Deliancourt.R.F.D.A,٢٠١٢, P٩٠٢, Concl.S. Delioncourt.

**وهو نفس الموقف الذي أخذت به محكمة غرينوبل الإدارية:**

-T.A, Grenoble, ١٥-١٢-٢٠٠٩, Société Lyonnais de banque, banque populaire des Alpes, société générale. A.J.D.A, ٢٠٠٩, P٦٨٢. Note.D.Vallez.

[٤] -Toute occupation ou utilisation du domaine public d'une personne publique mentionnée à l'article L. ١ donne lieu au paiement d'une

المنصوص عليها في المادة (ل. ٢١٢٢ – ١) والتي تشير إلى استلزام السند، ومن ثم فإن المحكمة رأت أن رسم الإشغال لا يفرض إلا في حالة الإشغال ، أو الاستخدام المتجاوز لحق الاستعمال الذي ينتمي للعامة Droit d'usage qui appartient à tous ، وبذلك فإن محكمة الاستئناف الإدارية لمرسيليا قد وضعت معياراً هاماً للاستعمال الخاص، وهو التجاوز على حق الاستعمال المنتمي للعامة، وهو ما يؤدي من حيث النتيجة إلى عدم لزوم سند الإشغال أو دفع رسم في حال عدم التجاوز على حق الاستعمال الذي يتمتع به العموم، وهو ما يعني بدوره أن هذه المحكمة قد ربطت بين الإشغال الخاص وسند الإشغال، وإنه لا يوجد إشغال خاص مشروع بلا سند يبيح ذلك[١].

وقد أثنى جانب من الفقه الفرنسي على هذا الموقف القضائي الذي رفض الإشغال غير المباشر للمال العام، والذي يتشكل عن طريق زبائن المحلات التجارية، وعلى أساس أن التجار أصحاب هذه المحلات لايستخدمون المال العام فيزيائياً، إنما توجد محلاتهم على حوافه فقط، وأن من يستخدم هذا المال هم الزبائن الذين يتوقفون فترة من الزمن أمام واجهات هذه المحلات، لذلك ليس من المتصور أن يتم إعطاء تراخيص للتجار لإشغال المال العام إشغالاً خاصاً، لأنهم ليسوا مستعملين له، وإذا كان هناك من يستخدم المال العام العقاري، فإنهم الزبائن أنفسهم، ولا يمكن تصور إعطائهم تراخيص إشغال، أو أن يدفعوا رسم إشغال، وذلك لأن إشغالهم لايخرج على أن يكون استخداماً عاماً وفقاً للقانون[٢].

**ثانياً– إشغال المال العام المنقول:**

---

redevance sauf lorsque l'occupation ou l'utilisation concerne l'installation par l'Etat des équipements visant à améliorer la sécurité routière.

[١] - Melleray.F,op.cit, p٩٩٤.

[٢] - Derboulle.Ph.L, Les redevance dominiales depuis l'adaptation du code général de la propriété des personnes publiques, une obscure clarté, R.F.D.A, ٢٠١٣, P١١٤٩.

يعد الإشغال الخاص للمال العام المنقول من قبيل الأفكار التي لم تتضح بعد في الأروقة القانونية الفرنسية، وإن كانت تباشير ذلك باتت تلوح في الأفق، حيث قضى مجلس الفرنسي حديثاً بإمكانية الإشغال الخاص للمال العام المنقول، وذلك في قضية تتعلق برفض بلدية Tours طلب مصور فوتوغرافي بتصوير اللوحات الفنية المعروضة ضمن المتحف البلدي، وقد عدت محكمة استئناف نانت الإدارية قرار العمدة بالرفض غير مشروع لتجاهله مبدأ حرية التجارة والصناعة[١]. إلا أن مجلس الدولة قضى بنقض هذا الحكم لأنه مشوب بعيب الخطأ في تطبيق القانون، على أساس أن قرار إعطاء أو عدم إعطاء الترخيص بالإشغال الخاص للمال العام ( وهو في هذه الحالة مال عام منقول)، لايكون قابلاً في حد ذاته لأن يؤدي إلى التجاوز على حرية التجارة والصناعة[٢]. ويتضح من القرار الهام، أن المصور الفوتوغرافي لم يطلب من الإدارة إلا إشغالاً خاصاً للمال العام المنقول، **وهو مايعني من حيث النتيجة إعتراف مجلس الدولة الفرنسي بإمكانية الإشغال الخاص للمال العام المنقول، وذلك إذا كان هذا المنقول سيستخدم استخداماً خاصاً من قبل شخص محدد لغايات تجارية أو غير تجارية**[٣].

وقد أوضح المقرر العام N.Escaut في معرض تقريره المقدم لمجلس الدولة في قضية Commune de Tours أن الإشغال الخاص للمال العام المنقول الخاضع لضرورة الحصول على سند الإشغال المسبق **يتحقق عن طريق الاستئثار**

---

[١] - C.A.A, ٤-٥-٢٠١٠, EURL.Photo Josse , A.J.D.A, ٢٠١٠, P١٤٧٥.Chron.S.Degommier.

[٢] - C.E, ٢٣-٥-٢٠١٢, Régie autonome des transports Parisienes, A.J.D.A, ٢٠١٢, P١٠٣٧, p١١٢٩, Note.S.Braconnier, et ١١٤٦, etude. M.Lombard. et N.Foulquier. S.Niclinski et E.Glaser, R.D.C, ٢٠١٢,P٥٦٦,obs,

[٣] - Melleray.F,op.cit, p٩٩٦.

**بالمال العام المنقول لبرهة من الوقت دون العموم**، مثل الحالة المتعلقة بإخراج اللوحات من المتحف البلدي في سبيل تصويرها ثم إعادتها[1].

ولكن هذه القضايا التي طرحت على القضاء الإداري الفرنسي بشأن المال العام المنقول، قد طرحت التساؤل حول المركز القانوني لصورة الشيء، وهل يعد استخدام صورة المال العام المنقول إشغالاً خاصاً يحتاج بدوره لسند إشغال؟ و لاسيما أن محكمة النقض الفرنسية كانت قد قضت بأن ( مالك الشيء لايتصرف بحق حصري على صورته)، ولايمكن لصاحب الشيء أن يعارض في استخدام هذه الصورة إلا عندما يسبب له ذلك اضطراباً غير طبيعي[2] Trouble anormal. ومع مراعاة أن لاتستخدم هذه الصور تجارياً[3].

---

[1]- راجع حكم مجلس الدولة الفرنسي المؤرخ في ٢٠١٢/١٠/٢٩، في قضية Commune de Tours المنشور في A.J.D.A لسنة ٢٠١٣/ ص.١١١

[2] - Cass. Ass, Plén,٧-٥-٢٠٠٤,n°٠٢-١٠-٤٥٠, D.٢٠٠٤،١٥٤٥,Note J.M,Bruguiére, R.D.I,٢٠٠٤, ٤٣٧,obs.E.Gavin-Million-Dosterlynck.

[3]- علماً أن محكمة النقض الفرنسية كانت قد قررت في حكم هام لها قبل ذلك، أن المالك يملك فقط حق استثمار ماله تحت أي صيغة كانت، ومن ثم فإن استثمار المال تحت صيغة صور يحمل تجاوزاً على حق تمتع المالك Droit de jouissance ، وذلك على هدى المادة ٥٤٤ من القانون المدني:

Cass.civ, ١٠-٣-١٩٩٩, n°٨٧,D, ١٩٩٩, ٣١٩, Concl.Saint-RoseJ,.J, Note. Agostini .E,R.T.D.C, Com.١٩٩٩،٣٩٧, Obs.Françon.

وقد رأى جانب من فقه القانون الخاص في فرنسا أن هذا الإتجاه لمحكمة النقض، يحمل تغييراً هاماً، ويمثل فتحاً جديداً، على المستويين النظري والعملي، **لأنه يوسع من حق الملكية، ليشمل الشيء وصورته**، وهو ما كان غريباً في النظام القانوني الفرنسي حتى قررت محكمة النقض ذلك، راجع:

- Revet.T, Image des biens, R.T.D.C, ٢٠٠١, P٦١٨.

أما بالنسبة لمجلس الدولة الفرنسي، فإنه لم ير في تصوير المال العام إشغالاً له، ولذلك فإنه يرخص بذلك، ومنذ زمن طويل[1]. وضمن روح هذه الاجتهادات قررت محكمة أورليان الإدارية: ( **إن صورة الشيء لاتكون متطابقة مع الشيء في حد ذاته، ولامتصلة بحق ملكيته**)، وأن: ( **صورة شيء ينتمي للمال العام لا تشكل مالاً عاماً، ومن ثم فإن استخدام الغير لهذه الصورة لايمكن تحليله كإشغال مال عام، ولا كاستخدام خاص للمال العام..**)[2].

**ثالثاً- <u>قابلية إنشاء أسناد الإشغال للحقوق العينية:</u>**

لابد أن نفرق بين الأسناد المنشئة للحقوق العينية و الأسناد غير المنشئة للحقوق العينية، ومن ثم ليس كل سند للإشغال - عقداً كان أم ترخيصاً إنفرادياً- يمكن أن يكون منشئاً للحقوق العينية، وهو ما يستشف أساساً من المادة ٣٤-١ من تقنين المال العام للدولة في فرنسا ( الملغى)، والتي كانت تنص على مايلي:

---

وفي الحقيقة إن هذا الموقف لمحكمة النقض الفرنسية، استند أساساً على أحقية مالك الشيء في معارضة من يعيد إنتاج الشيء المملوك عن طريق التصوير، راجع:

-Zenati.F, Notion de propriété, R.T.D.C, ١٩٩٩,P٨٥٩.

وإعادة التصوير تكون محظورة إذا تمت لغايات تجارية، راجع:

-Zenati.F, Ibid, ١٩٩٩, P٨ ٦٠.

وفي كل الحالات، فإن جانباً من الفقه الفرنسي يرى أن الحق على صورة الشيء **تكون نتيجة للحصرية Exclusivité التي تشكل جوهر الملكية**. راجع:

-Zenati.F, Ibid, ١٩٩٩, P٨ ٦٠.

[1] - C.E, ١٨-١١-١٩٤٩,Carlier,J.C.P,١٩٥٠ , II,٥٥٣٥,R.D.P,,١٩٥٠،١٧٢.Note Waline.

[2] -T.A, Orléans. ٦-٣٦-٢٠١٢, A.J.D.A, ٢٠١٢, P١٢٢٧, Concl.J.Francfort. ٢٢٢٢, Note.J.M.Bruguière D.٢٠١٢,

(إن المستفيد من ترخيص إشغال مؤقت للمال العام للدولة يملك حقاً عينياً على الأعمال و المشيدات و التجهيزات ذات الطبيعة العقارية التي يقوم بتحقيقها لأجل ممارسة النشاط المرخص له بمقتضى السند، و ذلك مع مراعاة الأحكام المخالفة لذلك في سند الإشغال..). وهذه المادة نقلت حرفياً إلى تقنين ملكية الأشخاص العامة لتستقر في المادة ل. ٢١٢٢ -٦ منه.

وقد ثار نقاش على منابر الفقه الفرنسي منذ صدور المرسوم رقم ٦٣١ - ٢٤ تاريخ ٢٥ -٥-١٩٩٤، الذي أدرج حكم المادة ٣٤ - ١ في صلب قانون المال العام للدولة الملغى، وقد انصب هذا النقاش على قدرة سند الإشغال ( عقداً كان أم ترخيصاً إنفرادياً) في حد ذاته على إنشاء الحق العيني، وهل الأصل في أسناد الإشغال الصادرة عن الدولة و مؤسساتها العامة، هو إنشاء الحق العيني المنصوص عليه في القانون؟ أم أن الأصل أن يصدر السند خالياً من هذا الحق العيني، ومن ثم لا ينشيء السند مثل هذا الحق إلا إذا طلبه الشاغل صراحة، ووافقت عليه الإدارة صراحة؟

لقد ذهب الفقه الفرنسي في ذلك مذهبين، وذلك في ظل أحكام المادة ٣٤ - ١ المشار إليها، حيث رأى جانب من الفقه أن سند الإشغال ينشيء الحق تلقائياً، ودون توقف ذلك على طلب المرخص له ( المرشح للإشغال)، إلا أنه إذا كان الأمر خلاف ذلك، فإن الأمر يستلزم قراراً معاكساً صريحاً من قبل الإدارة، من ثم شأنه أن يستبعد إنشاء الحق العيني من سند الإشغال، وعلى هذا الأساس فإن سند الإشغال يملك في حد ذاته طبيعة منشئة للحق العيني، وإن هذه الخصيصة لاتستبعد إلا بإدراج حكم مخالف في سند الإشغال، إلا أن هذه الطبيعة الإنشائية للسند لا تكون إلا إذا كان الطلب المقدم من الشاغل المرشح متضمناً إقامة إنشاءات وتجهيزات على المال العام المطلوب إشغاله[1]. وقد ذهب جانب آخر من الفقه ممن ينتمي لنفس المذهب أن الشاغل يتمتع بالحق العيني الذي نص عليه القانون، طالما حصل على سند الإشغال، وحتى في حال عدم ورود أي حكم خاص بذلك في سند

[1] -Fatome.E, Commentaire, op.cit, p٩١٠.

الإشغال، وهو ما يعني أن الإدارة إذا أرادت استبعاد الحق العيني أن تعبر عن ذلك صراحة في متن السند[١]. وينتقد بعض الفقه المؤيد لهذا الاتجاه في التفسير مذهب إليه المشرع الفرنسي في هذه المادة، لأنه كان يفترض أن يكون الأصل هو الإشغال البسيط L'occupation simple الذي لايرتب سنده حقاً عينياً، ويكون السند المنشيء للحق العيني هو الذي يتطلب إقراراً صريحاً من قبل الإدارة[٢].

أما الجانب الآخر من الفقه، فيذهب إلى أن الأصل في قراءة المادة ٣٤ -١ من قانون الأموال العامة للدولة ( والتي تعد أصلاً للمادة ل. ٢١٢٢ - ١ من التقنين العام لملكية الأشخاص العامة)، إنما يتمثل في عدم إنشاء سند الإشغال للحق العيني المنصوص عليه إلا إذا أفصحت الإدارة على ذلك ضمن السند ذاته، وهو ما يعني أن صمت الإدارة، وعدم ذكرها لإنشاء الحق العيني في سند الإشغال، إنما يؤدي إلى عدم إمكانية أن ينشيء سند الإشغال أي حق عيني[٣].

وإذا كان الأمر كذلك بالنسبة لقابلية سند الإشغال لأن ينشيء من تلقاء ذاته الحق العيني الذي قننه المشرع الفرنسي، فإن هناك قيدين وضعهما القانون على إنشاء سند الإشغال لهذا الحق العيني:

١- يتمثل القيد الأول: في وجوب صدور قرار عن الدولة يجيز إنشاء الحق العيني عن طريق السند ( إنفراديا كان أم عقدياً)، وذلك إذا كانت المشيدات و التجهيزات و الأعمال التي سيقيمها الشاغل المرشح، و التي ينصب عليها الحق

---

[١]- Jacquot. H – Fournier.A, op.cit,P ٧٧٠.
- Delvolvé.P, Les dispositions relatives aux droits réels, op.cit, p٥٨٩.
- Lavialle.Ch, La constitution des droits réels, op.cit,p١١١٥.

[٢] - Lavialle.Ch, Ibid, p١١١٥.

[٣] - Brisson. J.F, L'adaptation des contrats administratifs aux besoins d'investissement immobilier sur le domaine public, Les aspects domaniaux des contrats de partenariat, AJDA ٢٠٠٥ p. ٥٩٦.

العيني، ضرورية لسير مرفق عام[1]. ودون أدنى شك، فإن هذا القيد الذي وضعه المشرع الفرنسي على السند المنشيء للحق العيني، إنما وضعه بالنسبة لأسناد الإشغال الصادرة عن المؤسسات العامة التابعة للدولة، وذلك في إطار الرابطة الوصائية التي تجمع بين الطرفين، وبحسبان أن أحكام السند المنشيء للحق العيني كما هو منصوص عليها في المادة ٢١٢٢ – ٦ من التقنين العام لملكية الأشخاص العامة إنما تقتصر أحكام تطبيقها على الدولة فقط والمؤسسات العامة التابعة لها. و إن كان الأستاذ Delvolvé يرى في ذلك قيداً ثقيلاً على حرية المؤسسات العامة التابعة للدولة في إنشاء الحق العيني المنصوص عليه في تقنين ملكية الأشخاص العامة[2].

٢- أما القيد الثاني فقد وضعه المجلس الدستوري ذاته، عندما بسط رقابته على قانون ١٩٩٤/٧/٢٥، وفقاً لما مر معنا سابقاً، إذ أعلن المجلس توافق كل مواد القانون مع الدستور، باستثناء فقرة واحدة منه ( هي الفقرة الثالثة من المادة ٣٤ – ١)، والتي كانت تجيز، وتحت شروط معينة تجديد سند الإشغال، المنشيء لحقوق عينية، بعد انتهاء المدة الأصلية، و التي تبلغ سبعين عاماً[3]. أي يمكن تجديد سند الإشغال المنشيء للحق العيني على المال العام إلى ما لانهاية، وقد أعلن المجلس الدستوري عدم دستورية هذه الفقرة، على أساس أن ذلك يؤدي إلى المساس بحماية الملكية العامة[4]، وقد رأينا أن حماية الملكية العامة، كانت إحدى المباديء

---

[1]- المادة ٢١٢٢ – ١٠ من التقنين العام لملكية الأشخاص العامة، وقد كان أصل هذه المادة، ماورد في المادة ل.٣٤ –٤ من تقنين المال العام للدولة الملغى.

[2] - Delvolvé.P, Les dispositions relatives aux droits réels, op.cit,p٥٨٧.

[3]- تنص الفقرة الثالثة من المادة ل. ١٢٢٢ – ٦ من التقنين العام لملكية الأشخاص العامة على مايلي: ( يحدد السند مدة الترخيص، حسب طبيعة النشاط الذي سيقوم به الشاغل، و حسب طبيعة الأعمال المرخصة، ومع الأخذ بالحسبان لأهمية هذه الأخيرة، ولايمكن أن تزيد هذه المدة عن سبعين عاماً.).

[4] - Fournier.A - Jacquot.H, op.cit, p ٧٧٣ .

الدستورية التي استند عليها المجلس الدستوري في معرض رقابته على دستورية قانون ١٩٩٤/٧/٢٥. وهذا القيد على إمكانية إنشاء الحق العيني عن طريق سند الإشغال ينطبق أيضاً فقط على الأسناد المنشئة للحق العيني الصادرة عن الدولة والمؤسسات العامة التابعة لها حصراً[١]. كما لابد من ملاحظة أن هذا القيد الزمني الموضوع من قبل المجلس الدستوري، من شأنه أن يجعل الحق العيني الناشيء عن السند ذا طبيعة مؤقتة زمانياً.

## المطلب الثاني

## التصرفات القانونية المتداخلة مع أسناد الإشغال

يلاحظ أن هناك عقوداً تتعلق بالمال العام لا تملك من حيث الموضوع الترخيص بإشغال مال عام، فيمكن أن يتعلق المال العام بعقود قانون خاص، حيث لايكفي أن يكون العقد متعلقاً بالمال العام لأجل أن يكيف على أنه من قبيل عقود القانون العام[٢]، وذلك مثل العقود المتعلقة ببيع أموال عقارية خاصة للإدارة، تؤدي إلى الدخول إلى جزء أو أجزاء من المال العام، مما يختص به القضاء العادي، على الرغم من اتصال محل العقد بمال عام، وهناك أيضاً عقود بيع أموال تقع ضمن مجال الأموال العامة، وهذه العقود استقر اجتهاد محكمة النقض الفرنسية على عدها من قبيل عقود القانون الخاص، يختص القضاء العادي بإبطالها[٣].

ويرى الأستاذ Richer واستناداً إلى اتجاه غير قوي لدى القضاء الإداري الفرنسي، أن هناك فرقاً بين إشغال المال العام واستخدامه، ومن ثم فإن هناك من

---

- Richer.L, Droit des contrats, ٢٠٠٤, op.cit, p٥٨٦.
- Zenati.F, Droit de superficie, R.T.D.C, ١٩٩٥, p٥٦.

[١]- راجع المادة ٢١٢٢ – ٦ من التقنين العام لملكية الاشخاص العامة.

[٢] -Richer.L, Droit des contrats, ٢٠٠٤,op.cit, p٥٨٥.
- Richer.L, Droit des contrats, ٢٠١٠,OP.cit, p٥٥٤.

[٣] Cass.civ.٢-٤-١٩٦٣, Montagne, A.J.D.A, ١٩٨٨, P٦٧٩.Not.Dufau.

العقود ما يبيح استخدام المال العام، استخداماً خاصاً دون إشغاله، ومن ثم لا تعد هذه العقود من قبيل عقود الإشغال[1].

ومن هذه العقود أيضاً، تلك العقود التي تبرم بين الأشخاص الاعتبارية العامة، لأجل تنظيم إدارة الأملاك العامة العائدة لهذه الأشخاص، وذلك وفقا للمادة ل.١٢٢٣ – ٢ من التقنين العام لملكية الأشخاص العامة، والتي تنص على إمكانية أن تعهد الدولة للجماعات المحلية أو للمؤسسات العامة، أو لشركات الانشاء العقاري S.A.F.E.R ، أو التنظيمات التي يكون هدفها النفع العام، يمكن أن تعهد إليها إدارة أموال عامة تملكها الدولة، وذلك بموجب عقود تبرم مع إدارة أملاك الدولة، ووفقاً لهذه العقود فإن المتعاقد يمارس اختصاصات الدولة، بحسبانها مالكاً لهذا المال العام، ولاسيما من حيث إشغال هذا المال، وفي هذه الحالة فإن الترخيص بالإشغال ليس المحل الوحيد للعقد، ولكنه يكون من آثاره الضرورية، حتى تحقق هذه العقود هدفها[2].

وفي الحقيقة فإن عقد تفويض المرفق العام يصب في هذا الاتجاه، حيث لا يعد في حد ذاته سند إشغال للمال العام، وإن كان الإشغال من آثاره الأساسية، لذلك فإنه لابد من دراسة التمييز بين سند الإشغال من جهة وعقد التفويض من جهة أخرى، وكذلك لابد من دراسة للأموال المتعلقة بعقد التفويض، وذلك كمايلي:

---

[1] - Richer.L, Droit des contrats, ٢٠٠٤, op.cit, p٥٥٩.

Richer.L, - Droit des contrats, ٢٠١٠, op.cit,p٥٥٤.

ويلاحظ أنه يستند في رأيه على حكم وحيد هو حكم محكمة استئناف بوردو الإدارية الصادر في ١٩٩٥/٢/٦، في قضية Nouvelle Air Mortinique.

[2] - Richer.L, Droit des contrats, ٢٠٠٤, op.cit, p٥٥٩.

Richer.L, - Droit des contrats, ٢٠١٠, op.cit, p٥٥٥.

## الفرع الأول

## التمييز بين سند الإشغال العقدي وعقد تفويض المرفق العام

في الحقيقة أن هناك تداخلاً واضحاً بين عقد الإشغال وعقد تفويض المرفق العام، وهذا التداخل يحدث عندما يكون المال العام محل الإشغال الخاص مكاناً لنشاط ذي علاقة مع منفعة عامة، ولاسيما عندما يكون هذا النشاط متمثلاً في إشغال أبنية عامة لأجل القيام بنشاط ثقافي ( مسارح ، سينما، صالات، مراكز تدريب خيل، ملاعب..الخ)[1]. ولابد من فض هذا التداخل في سبيل معرفة الحدود الفاصلة بين هذين التصرفين، وهو الأمر الذي يجد أهميته دون شك، من خلال خضوع كل من هذين التصرفين إلى نظام قانوني مختلف كل الاختلاف إبراماً و تنفيذاً[2].

لقد وضع القضاء الإداري الفرنسي معيارين لتمييز عقد إشغال المال العام عن عقد تفويض المرفق العام، المعيار الأول هو معيار موضوعي، ويتعلق بطبيعة النشاط، وفيما إذا كان يشكل مرفقا عاماً من عدمه، والمعيار الثاني هو ذو طبيعة ذاتية ويتمثل في إرادة الإدارة في تسيير مرفق عام، وهو مايتمثل من خلال اتصال النشاط مع شخص اعتباري عام، وهذا الاتصال بين الشخص الاعتباري العام ونشاط المصلحة العامة يقاس من جهة عن طريق **المميزات الاستثنائية الممنوحة للمفوض إليه** (أي امتيازات السلطة العامة التي تعطى للمفوض إليه مثل حق الشفعة )، والمساعدات المالية المقدمة للمتعاقد مثل تحمل بعض التكاليف بدلاً عنه، والاعفاء الكلي أو الجزئي من رسوم الإشغال، وضمانات القروض المقدمة من الإدارة للمفوض إليه، ومن جهة أخرى **ما هو مفروض على المتعاقد من أعباء وشروط استثمار النشاط مثل مواعيد فتح الانشاءات المشيدة من قبل المتعاقد**

---

[1] -Ho Si Fat, Comment distinguer de service public, et la convention d'occupation dominal ? A.J.D.A, ٢٠٠٤, P٢٢٧٤.

[2] - Ho Si Fat, Ibid, P٢٢٧٤.

وإغلاقها، وتحديد واعتماد تعريفات الرسوم المفروضة على المنتفعين، والشروط المتعلقة برقابة الشخص الاعتباري العام على الشروط المالية والاقتصادية للاستثمار[١].

وتطبيقاً لهذه المعايير، فقد رفض مجلس الدولة الفرنسي، تكييف أحد العقود التي أبرمتها مدينة باريس كعقد تفويض مرفق عام، والذي عهدت بموجبه المدينة استغلال مقهى ضمن غابة بولوني Boulogne لإحدى الشركات، إذ رأى المجلس أنه إذا كان نشاط المقهى المسمى L'orée du Bois يتعلق باستقبال السياح، في إطار الجذب السياحي ،فإن وجود هذا الظرف وحده مع مراعاة أساليب استثمار المؤسسة و مصلحتها الخاصة، لايكفي لأن يضفي على النشاط طبيعة المرفق العامن ومن ثم فإنه لم يتحقق المعيار الموضوعي وهو المتعلق بوجود نشاط ذي نفع عام، يشكل مرفقاً عاماً[٢].

وفي نفس الإطار، فقد وصل مجلس الدولة الفرنسي إلى حل معاكس، حيث قضى أنه إذا كان محل العقد إشغال و استثمار بلاج على شاطيء، فإن هذا العقد ليس إلا تفويض مرفق عام، إذ رأى المجلس أنه إذا كان العقد يتضمن الترخيص بإشغال مال عام، إلا أن المتعاقد مكلف بالسهر على رقابة الجرثوميات في الماء، وبأمن المستحمين، كما أن المهام التي كلف بها المتعاقد والمتعلقة بحفظ وصيانة تجهيزات البلاج، وكذلك استثمار هذا البلاج، قد حددت بشكل دقيق، و قد تم مثل هذا التحديدي الدقيق في سبيل ممارسة الرقابة من قبل الإدارة المفوضة على تنفيذ المهام من قبل المفوض إليه، بموجب التفويض، ومن ثم فإن المجلس في هذه الحالة أعمل المعيارين معاً لاستنتاج وجود عقد التفويض، فهو أعمل المعيار الموضوعي المتعلق بطبيعة النشاط، كما أعمل المعيار الشخصي القائم على أساس علاقة

---

[١] - Ho Si Fat, Ibid, P٢٢٧٨.

[٢] - C.E, ١٢-٣-١٩٩٩, Ville de Paris, C, Société L'orée du Bois, concl. Bergeal. ٧٧٨ , ٨٨٩, A.J.D.A, ١٩٩٩,p.٤٣٩,Note.M.Raunet et O.Rousset. R.P.

الإدارة مع النشاط، والذي تمثل من خلال فرض أعباء على المتعاقد، الغرض منها ممارسة الإدارة لرقابتها على حسن إدارة المرفق من قبل المتعاقد[١].

إلا أنه يلاحظ أن مجلس الدولة الفرنسي قد أخذ يتجه حديثاً إلى توسيع مجال عقد تفويض مرفق عام، على حساب سند إشغال المال العام، في مقام فض التنازع بينهما، وذلك عن طريق الأخذ بالمعيار المتعلق بالتحليل الموضوعي للنشاط الذي ينفذ من قبل المتعاقد، وليس عن طريق البحث عن العامل الذاتي المتجسد في إرادة الإدارة في إنشاء مرفق عام بالنسبة لنشاط محدد[٢].

ومن الأحكام الهامة جداً، التي سارت في هذا الاتجاه، والتي أعمل فيها مجلس الدولة الفرنسي معايير التمييز بين سند إشغال المال العام، وعقد تفويض مرفق عام، ذلك الحكم الصادر في قضية تتلخص وقائعها في أن مدينة باريس قد تعاقدت مع شركة المستودعات الباريسية، على أن تقوم هذه الأخيرة بإشغال جزء من المال العام، وعلى أن يعد هذا الجزء لاستقبال الجمهور، لتنفيذ فعاليات تتعلق بالعرض والمشاهدة والاجتماع، مع استبعاد الأعمال التجارية، وعلى أن تكون هذه الأنشطة مدفوعة المقابل من قبل المنتفعين من هذه الفعاليات، وعلى أن تكون تعريفة الرسوم المدفوعة من قبل المنتفعين محددة بموجب الاتفاق الجاري بين المدينة والشركة، في هذه الحالة لم يتردد مجلس الدولة الفرنسي في تكييف العقد على أنه من قبيل عقود تفويض مرفق عام، على الرغم من أنه يتضمن إشغالاً لجزء من المال العام، وذلك على أساس أن الشركة مفوضة من قبل مدينة باريس وتحت رقابتها بمهمة مرفق عام ثقافي، ( وكان يمكن أن تستخدم لهذه الغاية امتيازات ضرورية لأجل إدارة هذا المرفق)[٣].

---

[١] - C.E, ٢١-٦-٢٠٠٠, SARL, Plage chez Joseph et fédération nationale des concl.C.Bergeal. plages et restaurants, R.p.٢٨٢.R.F.D.A, ٢٠٠٠,P٧٩٧,

[٢] - Ho Si Fat, op.cit, P٢٢٧٤.

[٣] - C.E, ١١-١٢-٢٠٠٠, M.Agofroy et autres, R.P٦٠٧, A.J.D.A, ٢٠٠١, P١٩٣,Note.M.Renaut, et O.Rosset, R.F.D.A, ٢٠٠١, P١٢٧٧,concl.S.Austry.

وبناء على ما تقدم من اجتهاد لمجلس الدولة الفرنسي، يمكن القول أن المستثمر شاغل المال العام إذا كان يتمتع بالحرية الكاملة في نشاطه، ولايملك أيا من امتيازات السلطة العامة، مثل تلك التي يمكن أن تمنح لمفوضي المرافق العامة، وفي نفس الوقت لاتملك الإدارة مالكة المال العام حق الرقابة على الشاغل، فإنه دون شك لايوجد في هذه الحالة عقد تفويض مرفق عام، إنما سند إشغال مال عام، والإدارة في هذه الحالة لاتحتفظ إلا بملكية العقار الذي يتم الإشغال عليه، دون أن تتدخل في تنظيم المشروع الذي يقام فوق عقار منتم إلى المال العام، مع جواز أن تعطي الإدارة رأيها في التعريفة المطبقة من قبل الشاغل في مواجهة الجمهور، إلا أن تحديد التعريفة في هذه الحالة لايكون إلزامياً، كما هو الحال في عقود التفويض، حيث تضع الإدارة المفوضة الشروط التنظيمية بإرادتها المنفردة، إنما يكون عقديا خاضعاً لإرادة طرفي العقد[1].

[1] - Ho Si Fat, op.cit, P٢٢٨٠.

## الفرع الثاني

## عقد التفويض بحسبانه مصدراً للحقوق العينية على المال العام

لقد جرى اجتهاد مجلس الدولة الفرنسي تقليدياً على التمييز بين ثلاثة أنواع من أموال المرفق محل عقد تفويض مرفق عام:

**أولاً- أموال الإعادة Les biens de retour:** وهذه الأموال تكون ضرورية للمرفق، والتي لا يمكن أن يتم تسييره بدونها[1]، وهي تدخل من Indispensables حيث الأصل في ملكية الإدارة المفوضة، على الرغم من أن المتعاقد المفوض هو الذي مولها، وقام بتشييدها[2]، لذلك يملك عليها طوال مدة العقد حق حصري بالتمتع Droit exclusif de juissance ، وأن السلطة المفوضة لا تملك هذه الأموال إلا مع نهاية العقد و بلا مقابل[3]، وفي معظم الحالات، فإن أموال الإعادة تكون أموالاً

---

[1] - Clémence.M.C, La théorie des biens de retour : enjeux juridiques et fiscaux, A.J.C.T, ٢٠١٤, P٤٤٥.

[2] -Clémence.M.C , Ibid, P٤٤٥.

[3] - Mollin.G, Vers l'érosion de la théorie des biens de retours. A.J.D.A, ٢٠١١, P٣٦٣.

-.Clémence. M.C, op.cit, P٤٤٦.

وأساس مبدأ المجانية، يجد أساسه في أحد أحكام مجلس الدولة الفرنسي القديمة جدا، وهو الحكم الصادر في قضية Casino municipal de Haut، والصادر بتاريخ ١٨٩٧/١١/١٢، راجع Mollin.G، مقاله سالف الذكر، ص٣٦٣. علما أن المجانية لم تكن قاعدة عامة على الدوام، بل عرفت بعض الاستثناءات القضائية والتشريعية، مما أدى إلى تقليص الفرق بين أموال الإعادة وأموال الاستعادة في هذه الأحوال الاستثنائية، راجع أيضا Mollin.G ، مقاله سالف الذكر، ص٣٦٧، وأيضاً راجع Clémence.M.C، مقاله السابق، ص٤٤٦،

عقارية، وتصبح جزءاً من المال العام، و لكن ليس هناك مانع قانوني في أن تكون مثل هذه الأموال أموالاً منقولة[1].

**ثانياً- أموال الاستعادة Les biens de repris** : وهذه الأموال تكون أموالاً نافعة Les biens utiles لمرفق عام، ولازمة لسيره، ولكن غير ضرورية[2] ،ومن ثم، فإنه كما قرر مجلس الدولة الفرنسي، فإن معيار التمييز بين أموال الإعادة وأموال الاستعادة هو ضرورة هذه الأموال لحسن سير مرفق عام[3]، وهذه الأموال لاتؤول إلى الإدارة المفوضة بقوة القانون، إنما لها الخيار في ذلك، وهي إن قررت إعادة هذا الصنف من الأموال إليها بناء على نص عقدي خاص بهذا الشأن، فإنها تكون ملزمة بتعويض المفوض إليه وفقا لما هو متفق عليه، و دون أن يحق لهذا الأخير المعارضة في ذلك، وهذا يسمى حق الاستعادة Droit de reprise ، وهذا الحق يعهد للإدارة المفوضة حق المالك على هذه الأموال، وهو ما يعني في نفس الوقت أن مثل هذه الأموال النافعة للمرفق العام تكون على ملكية المفوض إليه أثناء مدة العقد[4].

---

[1] - Boiteau.C, Les conventions de délégation de service public, Le P١٧٠, -Richer.L, ٢٠٠٤,op.cit, p٥٦٠, et ٢٠١٠, op.cit. Moniteur, Paris, ٢٠٠٧, p٢٥٦.

-Fatome.E - Terneyre.PH, Commentaire de décret n°٩٥-٥٩٥ du ٦-٥-١٩٩٥, relatif à la constitution de droit réels sur le domaine public, A.J.D.A, ١٩٩٥,p٩١٣.

- Didriche.O, Le conseil d'Etat clarifie les règles applicables aux biens des DSP et des concessions des travaux, A.J.D.A, ٢٠١٣, P٩.

– Mollin.G, op.cit, P٣٦٣.

[2] - Didriche.O, op.cit, p٩.

- Clémence.M.C, op.cit, p٤٤٥.

[3] - C.E, ٥-٢-٢٠١٤, Commune de Saint-Dizier, A.J.C.T, ٢٠١٤, P٢٦٥.

[4] - Boiteau.C, op.cit,p١٧١,

-Richer.L , ٢٠٠٤, op.cit,p٥٦١, ٢٠١٠, op.cit, P٥٥٦.

**ثالثاً- الأموال الخاصة Les biens propres :** وهذه الأموال، كما أموال الاستعادة، تتميز بطبيعتها النافعة للمرفق العام، وهي في حقيقتها الأموال التي يستخدمها المفوض إليه لأجل إنجاز و تسهيل مهمته، دون أن تكون مخصصة للمرفق العام، و دون أن تكون ضرورية لسيره بأي شكل كان، ولاتكون من مستلزماته في حالة انتهاء التفويض، وهي تدخل ضمن إطار الملكية الخاصة للمفوض إليه، ويحتفظ بها مع نهاية العقد[1].

وإذا كانت هذه النظرة التقليدية للأموال المتعلقة بالمرافق العامة المفوضة حتى وقت قريب، إلا أن هناك تغييرات تتعلق بالمركز القانوني لهذه الأموال، طرأت بموجب الاجتهاد القضائي الفرنسي، وتحت مظلة التقنين الجديد لملكية الأشخاص العامة.

ولمعرفة النظام القانوني الجديد الذي قننه الاجتهاد لأموال المرافق العامة المفوضة لابد من التمييز بين حالتين: الحالة الأولى: وتكون فيها الأموال اللازمة لإدارة المرفق مقدمة في مجملها من قبل الإدارة، و الحالة الثانية التي تكون فيها هذه الأموال مقدمة من المتعاقد كلاً أو جزءاً، في الحالة الأولى، لاتوجد إشكاليات تتعلق بملكية الأموال اللازمة لإدارة المرفق، إذ تكون كل الأموال المخصصة للمرفق العام، محل عقد التفويض، مملوكة للشخص العام المفوض، وتكون خاضعة للمفوض

---

-Fatome.E, Commentaire, op.cit, p٩١٣.

[1] - Boiteau.C, Les conventions de délégation de service public, op.cit, p١٧٢,

- Richer. L, ٢٠٠٤, op.cit, p٥٦١, et ٢٠١٠, op.cit, p٢٥٦.

- Fatome.E, Commentaire de décret n°٩٥-٥٩٥ du ٦-٥-١٩٩٥, relatif à la constitution de droit réels sur le domaine public, A.J.D.A, ١٩٩٥, p٩١٣.

- Didriche.O,op.cit, p٩.

- Clémence.M.C,Op.cit, P٤٤٦.

المتعاقد لأجل إدارتها أثناء مدة العقد، وهذه الأموال المملوكة للشخص العام، **تنتمي للمال العام، طالما كانت ضرورية لسير المرفق العام محل التفويض، وذلك لأنها تعد مسبقاً لهذا الغرض، ومن ثم تستنفد مسبقاً شرط الإعداد الضروري لتنفيذ رسالة مرفق عام La condition d'aménagement indispensable**، و ذلك وفقا لما قرره مجلس الدولة الفرنسي في أحد أهم اجتهاداته الحديثة[1]، وهي الحالة التي تتوافر في عقود الامتياز L'affermage خصوصاً[2].

---

[1] - C.E, Ass, ٢١-١٢-٢٠١٢, Commune de Douai, A.J.D.A, ٢٠١٣, ٧, et ٥٧, X.Domino et Bretonneau, D.٢٠١٣, ٢٥٢,Ob,D,Capitant, chron, R.F.D.A,٢٠١٣, P١.

وراجع في الفقه:

- Mollin.G, Vers l'érosion de la théorie des biens de retours. Op.cit, P٣٦٣.

[2] – عقد امتياز مرفق عام L'affermage، هو أحد عقود تفويض المرافق العامة، وتكلف الإدارة بموجبه شخصاً آخر ( عاماً أو خاصاً) باستغلال مرفق يسلم إليه بإنشاءاته المعدة مسبقاً من جانب الإدارة، مقابل مبلغ محدد من المال يدفعه للإدارة، فيكون المقابل الذي يحصل عليه هو الفرق بين ما يدفعه للإدارة، وما يحصل عليه من استغلال المرفق، ويلاحظ أن الفقه يميز من زمن طويل بين الامتياز و الالتزام على أساس الإنشاءات الأولية للمرفق محل العقد، ففي عقود الالتزام تكون الانشاءات الأولية على عاتق الملتزم، أما في عقود الامتياز فإن صاحب الامتياز يتسلم المرفق لاستغلاله، وقد قامت الإدارة بإعداد إنشاءاته الأولية. راجع:

باللغة العربية:

– د. مهند نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٣، الطبعة الثانية، ص٢٠١.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق ،جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

ويكون المركز أكثر تعقيداً في الحالة الثانية، وهي تلك الحالة التي يكون فيها المال المخصص للمرفق مقدماً كلاً أو جزءاً من قبل المفوض إليه، وذلك كما هو الحال في عقود الالتزام، حيث تثور عندئذ الكثير من المشاكل القانونية، كتلك المتعلقة بملكية المال أثناء مدة العقد، و مدى انتمائه للمال العام، ونوع هذا المال مع انتهاء مدة العقد، وهل يمكن لأطراف العقد أن يتمتعوا بحرية تعاقدية في تحديد المركز القانوني للمال الذي يقدمه المتعاقد وبموله[1]؟

في سبيل حل هذه المشاكل القانونية، فقد انطلق الاجتهاد القضائي الفرنسي من التمييز بين الأموال المحققة من قبل المفوض إليه و التي تكون ضرورية لسيره، و الأموال التي لاتكون ضرورية لذلك، والتي تكيف فقط على أنها نافعة Utiles لهذا السير، و هي لهذا السبب لا يوجد داع لأن تحاط بحماية خاصة[2]. ففيما يتعلق بالأموال النافعة ( وهي التي يطلق عليها أموال الاستعادة وفقاً للمعطيات الاجتهادية التقليدية)، فإن مجلس الدولة من خلال حكم بلدية Douai قد ميز بين عدة حالات:

---

– د. محمد يوسف الحسين، د. مهند نوح، القانون الإداري، عمال الإدارة العامة وتصرفاتها القانونية، منشورات جامعة دمشق، دمشق، ٢٠١٢، ص٢٤٧.

وباللغة الفرنسية، راجع:

- Bieusses.P, La spécificité de l'affermage, A.J.D.A, ١٩٩٦, P٦٠٨.
- Boiteau.C, op.cit, p٦٦.et.s.

[1] - Fatôme.E, Le statut des biens des délégations de service public, Après l'arrêt Commune de Douai, AJDA ٢٠١٣ p. ٧٢٤.

[2] - Fatôme.E, op.cit, p٧٢٥.

١-هذه الأموال تكون ملكاً للمفوض إليه، وذلك إذا لم يتفق أطراف العقد على غير ذلك، ومن ثم يمكن لطرفي العقد، أن يتفقا على أن تكون هذه الأموال ملكا للشخص العام المفوض، سواء أكان ذلك منذ إنشائها من جانب المفوض إليه، أم من تاريخ انتهاء العقد فقط.

٢-إذا لم يتفق طرفا العقد على دخول هذه الأموال في ملكية الشخص العام المفوض، فيمكن أن يتفقا على الاستعادة، و التي يجب أن تكون لقاء مقابل مالي، و إن كان يمكن أن ينص العقد على أن تكون مجاناً[١].

لذلك يمكن القول: **إن مجلس الدولة الفرنسي سار بشأن أموال الاستعادة في نفس مسار اجتهاده التقليدي، مع ملاحظة أن هذا المركز المتعلق بأموال الاستعادة يتميز بإعطاء أطراف العقد حرية عقدية واسعة، في إطار تحديد مضمونه**[٢].

وإذا كانت هذه القواعد تطبق بلا صعوبات، إذا كانت الأرض التي ستقام عليها إنشاءات المرفق ملكاً للمفوض إليه، فإن الأمر لايكون كذلك، عندما تشيد هذه الإنشاءات ( النافعة) وفقاً للعقد على جزء من المال العام العقاري، ففي هذه الحالة، من الضروري أن يحصل المفوض إليه على ترخيص بإشغال المال العام، لأجل أن يتملك المفوض تلك الانشاءات التي يقيمها، والتي تكون نافعة للمرفق محل التفويض، وعلى أن يكون للترخيص أثر قانوني يتمثل بإمكانية إنشاء حق عيني على هذا المال، وهذا الترخيص يجب أن يكون صادراً عن الشخص العام المفوض، والذي يفترض أن يكون أيضاً مالكاً للمال الذي أقيمت عليه الإنشاءات[٣].

أما إذا تم تشييد الانشاءات النافعة على المال العام العقاري، ولم يرد نص في العقد على استعادتها من قبل الشخص العام المفوض، **فإن المفوض إليه يلتزم**

---

[١] - C.E, ٢١-١٢-٢٠١٢, Commune de Douai, précité.

[٢] - Fatôme.E, Le statut des biens,, op.cit , p٧٢٦.

[٣] - C.E, ٢١-١٢-٢٠١٢, Commune de Douai, précité.

**بهدمها وفقا للمادة ل.٢١٢٢ – ٩ من التقنين العام لملكية الأشخاص العامة، والتي تقضي بوجوب هدم الانشاءات الواقعة على المال العام العقاري، مع انتهاء مدة ترخيص الإشغال المنشيء لحق عيني**، مالم يكن هناك اتفاق على خلاف ذلك، إلا أنه لايمكن تصور أن تترك لهذا المصير، إلا إذا لم تعد نافعة لسير المرفق، أو لم تعد نافعة لأي نشاط آخر، للشخص العام المفوض[١].

**أما بالنسبة للأموال الضرورية لسير المرفق العام**، وهي التي يطلق عليها تقليدياً تسمية أموال الإعادة Les biens de retour ، فلابد من التفرقة بالنسبة للمركز القانوني لهذه الأموال ما بين وضعها أثناء تنفيذ العقد، ووضعها بعد انتهاء العقد:

**أولاً – المركز القانوني للأموال الضرورية للمرفق أثناء تنفيذ العقد:**

وفقا لحكم بلدية Douai ، تعد كل هذه الأموال المنقولة والعقارية **مملوكة للشخص العام المفوض**، و منذ إنشائها من قبل المفوض إليه، وذلك كله في حال عدم ورود حكم مخالف في العقد[٢].

وعلى هذا الأساس، فإن الأموال المنقولة وغير المنقولة المادية وغير المادية، والتي تم تشييدها و تمويلها من قبل المفوض إليه، تنتمي بحكم القانون إلى الشخص العام المفوض، وليس إلى المفوض إليه، إلا أن هذا المبدأ يمكن مخالفته، **وذلك استناداً إلى إرادة الطرفين المتعاقدين، وبحيث يكون المفوض إليه هو المالك للأموال الضرورية لسير المرفق العام، الذي عهدت إدارته إليه بمقتضى عقد التفويض**[٣]. إلا أن تملك المفوض إليه لهذا المال الضروري لسير المرفق العام، وفقاً

---

[١] - Fatôme.E, Le statut des biens , op.cit, p٧٢٦.

[٢] - C.E, ٢١-١٢-٢٠١٢, Commune de Douai, précité.

[٣] - C.E, Ass, Avis, ٣٠-٣-١٩٨٩,Gr.Avis,C.E, ٢٠٠٢, P٢١٢. Comm.D.Labetoulle.
- C.E, Avis, T.P, ١٩-٤-٢٠٠٥, A.J.D.A, ٢٠٠٦,P١٣٧١,étude.N.Symchozicz.et.Proot.PH

لما هو منصوص عليه عقدياً، لايمكن أن يكون إلا في حال كان تشييد هذه الأموال على مال خاص مملوك للإدارة، أما إذا كانت الإنشاءات الضرورية لسير المرفق العام قد شيدت **على أموال عقارية عامة، فإن الانشاءات تدخل في ملكية الشخص العام منذ إنجازها**، وليس فقط بناء على المبدأ القضائي المشار إليه سابقاً، إنما – وكما يرى جانب من الفقه الفرنسي بحق– بناء على التوحد والاندماج بين الانشاءات الضرورية لسير المرفق و المنجزة من المفوض من جهة، والعقار المنتمي للمال العام، والذي أقيمت عليه هذه الانشاءات من جهة أخرى، وكل ذلك على أرضية الالتصاق المنصوص عليه في المادة ٥٥١ من القانون المدني الفرنسي[١].

إلا أنه يمكن للمفوض إليه في هذه الحالة ( التي تكون فيها الإنشاءات الضرورية مقامة على المال العام المملوك للجهة المفوضة) **أن يتملك الأموال الضرورية لسير المرفق** ( أي أموال الإعادة)، وذلك مع ضرورة توافر شرطين:

أ– يجب أن يقبل الشخص العام المفوض **الترخيص بإشغال المال العام مع إنشاء حق عيني**، وذلك وفقاً للمواد من ل.٢٢٢١ – ٦ إلى ل. ٢١٢٢ – ١٤ من التقنين العام لملكية الأشخاص العامة، أو المواد من ل. ١٣١١ – ٢ إلى ١٣١١ –٨ من التقنين العام للجماعات الإقليمية، وهذه هي الآلية التي يمكن للطرفين من خلالها استبعاد ملكية الشخص العام المفوض للأموال الضرورية التي يشيدها المفوض إليه على مال عام عقاري[٢].

---

[١] -Fatome.E, apropos de l'incorporation domaine public, A.J.D.A, ٢٠٠٦, p٢٩٢.

-Fatome.E, Statut des biens, op.cit, p٧٢٨.

[٢] - Didriche.O, op.cit, P١١.

- Fatome.E, Statut des biens, op.cit, p٧٣٠.

ب- والشرط الثاني مكمل للأول، وهو يتمثل في أن هذه الحقوق العينية الناجمة عن الترخيص المعطى للمتعاقد، في سبيل إدخال هذه الأعمال المشيدة على المال العام في ملكيته، **يجب أن لا تؤثر على حسن سير مرفق عام**[1].

وبناء على ماتقدم، فإنه إذا كان للمفوض إليه امتيازات المالك على هذه الأموال الضرورية لسير المرفق محل التفويض ( أموال الإعادة)، وذلك إذا توافق طرفا العقد على ذلك، وتوافر الشرطان المنوه عليهما أعلاه، فإن ذلك يعد خروجاً على النظرية التقليدية لأموال الإعادة كما وضعها مجلس الدولة الفرنسي منذ أواخر القرن التاسع عشر، وهو ما دفع بعض الفقه الفرنسي المعاصر إلى القول أنه قد ظهر نوع جديد من أموال المرافق العامة المفوضة، تستمد ماهيتها من أموال الإعادة ( بحسبانها ضرورية لسير مرفق عام)، وهي في نفس الوقت تكون محل الملكية الخاصة للمفوض إليه، كما هو حال أموال الاستعادة[2]. كما دفع جانباً آخر من الفقه المعاصر للقول بأن هذه الأموال ( أموال الإعادة الضرورية) عندما تتقل بحقوق عينية لمصلحة المفوض فإنها تصبح من أموال الاستعادة[3].

ولكن هل يطبق النظام القانوني للمال العام، إذا كانت الإنشاءات (الضرورية) لسير المرفق العام مشيدة على عقار ينتمي بملكيته للمال العام؟ للإجابة على هذا السؤال، لابد من القول إن النظام القانوني للمال العام لا يطبق فيما إذا كانت مثل هذه الانشاءات داخلة في ملكية المتعاقد، ضمن الشرطين المنوه عنهما أعلاه، وذلك أنه من متطلبات تطبيق النظام القانوني للمال العام أن يدخل المال في ملكية شخص عام، إلا أنه وخارج هذه الحالة، إذا كانت الأموال المشيدة تدخل ضمن ملكية

---

[1] - Didriche.O, op.cit, P١١.
- Fatome.E, Statut des biens, op.cit, p٧٣٠.
[2] - Mollin.G, op.cit, P٣٦٦.
[3] - Fatome.E - Terneyre.PH, Commentaire de décret n°٩٥-٥٩٥, op.cit n٩٠٥

شخص عام، وفقا لما تقدم الحديث عنه، فإن مثل هذه الإنشاءات تكون خاضعة للنظام القانوني للمال العام[1].

ولابد من ملاحظة، أن الأصل أن لا يوجد فصل بين الشخص الاعتباري العام المالك للمال العام الذي تقام عليه المشيدات (الضرورية) للمرفق من جهة، والشخص الاعتباري العام المفوض من جهة أخرى، وفي هذه الحالة لا يوجد فصل بين الشخص العام المالك للأعمال المشيدة على المال العام، والشخص العام المسؤول عن المرفق الذي خصصت له هذه الأعمال، والذي يكون طرفاً في عقد التفويض، و من ثم يكون الشخص العام المالك لهذه المشيدات الضرورية لعمل المرفق هو ذاته المسؤول عن المرفق محل التفويض، إلا أنه قد يحدث انفصال بين الشخص العام المالك للمال العقاري الذي تبنى عليها المشيدات الضرورية للمرفق العام محل التفويض من جهة، والشخص العام المالك لهذه المشيدات الضرورية من جهة أخرى، والذي يكون في نفس الوقت طرفا في عقد التفويض، أي أن ملكية العقار الذي تشيد عليه الأعمال الضرورية للمرفق تكون لشخص عام، وملكية هذه المشيدات بفعل عقد التفويض تكون لشخص عام آخر، في هذه الحالة لا بد أن يبرم هذان الشخصان العامان فيما بينهما اتفاق ( تحويل إدارة مال عام Transfers de gestion المنصوص عليه في المادة ل. ٢١٢٣ – ٣ من التقنين العام لملكية الأشخاص العامة[2]، وبحيث إن الشخص العام المالك للعقار يحول إدارتها بحسبانها

---

[1] - Didriche.O, op.cit, P١١.
- Fatome.E, Statut des biens, op.cit, p٧٣٠.

[2] - **Article L٢١٢٣-٣ :**
..Les personnes publiques mentionnées à l'article L. ١ peuvent opérer, entre elles, un transfert de gestion des immeubles dépendant de leur domaine public pour permettre à la personne publique bénéficiaire de gérer ces immeubles en fonction de leur affectation.
La durée pendant laquelle la gestion de l'immeuble est transférée peut être déterminée dans l'acte...

جزءا من ماله العام إلى الشخص العام المفوض[1]، والمالك للمشيدات الضرورية لحسن سير المرفق العام محل التفويض[2].

**ثانياً – المركز القانوني لأموال الإعادة ( الضرورية لسير المرفق المفوض) عند انقضاء عقد التفويض:**

عند انقضاء عقد التفويض، تعاد الأموال الضرورية لسير المرفق العام إلى الجهة المفوضة، إلا أن هذه الإعادة تختلف من حالة عقدية إلى أخرى، لذلك لابد من التمييز بين ثلاث حالات:

أ– إذا كانت الأرض التي أقيمت عليها المشيدات الضرورية لسير المرفق ملكاً للشخص العام، وكذلك المشيدات ذاتها، فإن ما يعاد للشخص العام هو حق التمتع، حيث إن المفوض إليه يستفيد في هذه الحالة من حق شخصي ، بالتمتع الحصري Juissance éxclusif بهذه الأموال،كما قررت محكمة النقض الفرنسية[3].

---

[1]- وفي الحقيقة إن هذا التحويل يتم من قبل الأشخاص العامة المالكة للمال العام محل التحويل ، وبناء على تقديرها و إرادتها فقط، وهذا التحويل للإدارة، يتلازم غالباً مع تغيير تخصيص المال محل التحويل، وبحيث أن يكون التحويل العضويOrganique من شخص عام إلى آخر، متلازماً مع تغيير موضوعي Matériel للتخصيص حسب الحاجات التي تم لأجلها التحويل، وذلك بحسبان أن المالك العام هو (السيد) في معرض تخصيص عقاراته المنتمية للمال العام.
راجع:

Bettio.N, La circulation des biens entre personnes publiques, L.G.D.J, Paris, ٢٠١١, p٥٠.

[2] - Fatome.E, Statut des biens, op.cit, p٧٣٠.

[3] - Civ, ٣-٣-٢٠١٠, n°٠٨-٢١-٣١١.

وراجع في الفقه:

- Fatome.E, Statut des biens, op.cit, p٧٣٩.

ب- إذا كانت الأرض التي أقيمت عليها الإنشاءات الضرورية للمرفق محل التفويض، مملوكة خلال مدة العقد للمفوض إليه، فإن الإعادة في هذه الحالة تعني إعادة الملكية كاملة، ويتضمن ذلك الأرض وحق التمتع بهذه الأموال.

ج- إذا كانت الأرض التي أقيمت عليها الانشاءات الضرورية ملكاً للشخص العام، والانشاءات الضرورية تكون ملكاً للمفوض لحصوله على ترخيص يخوله ذلك كما سبق الايضاح، ففي هذه الحالة تعود ملكية الانشاءات المشيدة على المال العام للجهة المفوضة على أساس الالتصاق[1]. وفي كل هذه الحالات تؤول هذه الأموال كلها إلى الشخص العام مجاناً[2].

أما بالنسبة للأموال التي لم تعد ضرورية للمرفق العام وذلك لأسباب تتعلق بعدم تناسبها مع حاجات المرفق، بعد انقضاء عقد التفويض، فإن مجلس الدولة الفرنسي، قضى بأن العقد يمكن أن ينص على عدم إعادة هذه الأموال إلى الإدارة المفوضة، وأن يحتفظ بها من قبل المتعاقد وفقا للشروط المتفق عليها، في سبيل إعادة تجديدها وتأهيلها ووضعها في مكان آخر ( وهو ما يتحقق في الأموال المنقولة)، أو قد يتم الاتفاق على هدمها وترحيلها من قبل المتعاقد، مع ضرورة أن يتضمن العقد الشروط المالية الخاصة بتلك الحالات، من حيث التكاليف وتوزيعها على كلا الطرفين[3].

## الخاتمة

## Conclusion

---

[1] - Fatome.E, Statut des biens, op.cit, p٧٤٠.

[2] -C.E, ٩-٢-٢٠١٤, Communes de Saint-Dizier, A.J.D.A, ٢٠١٤, p٢٦٥.

وراجع في الفقه:

- Didriche.O, op.cit, P١١.

[3] - Fatome.E, Statut des biens, op.cit, p٧٤٠.

نستطيع القول أننا قد وصلنا بعد إنهاء البحث بعون الله إلى جملة من النتائج والتوصيات نبينها فيما يلي:

## أولاً- النتائج:

١- إن مبدأ عدم المساس يعني في معطياته التقليدية حظر أي تصرف في ملكية المال العام، بأي شكل كان، ومن ثم لا يجوز إنشاء حقوق عينية تفريعاً عن حق ملكية المال العام العائد للأشخاص الاعتبارية العامة.

٢- استند مبدأ عدم المساس بالمال العام إلى شرعية تاريخية، تعود إلى القرن الرابع عشر في فرنسا، وقد كان الدور الوظيفي للمبدأ عند نشأته، هو حماية أموال التاج، إلا أنه تطور بعد الثورة الفرنسية ليتغير دوره الوظيفي نحو حماية مال معين لأنه مخصص لاستخدام العموم، ولسير المرافق العامة، وهو ما يعني من حيث النتيجة أن مبدأ عدم المساس ليس له دوراً عقارياً، وعدم المساس بالمال العام غير عائد لطبيعته العقارية في حد ذاتها، إنما في سبيل حماية هذا المال لأداء دوره الوظيفي.

٣- بالنسبة للإطار الشخصي لمبدأ عدم المساس، يلاحظ أن هذا المبدأ يطبق في فرنسا في إطار علاقات الإدارة مع الأفراد، أو في إطار العلاقات البينية للأشخاص العامة، كما قرر مجلس الدولة الفرنسي، ومن ثم فإن الأصل في هذه العلاقات هو الاحتجاج بمبدأ عدم المساس، ما لم يقرر القانون وضعاً قانونياً خاصاً خلاف ذلك.

٤- لايطبق مبدأ عدم المساس في فرنسا بنفس الجمود اتجاه مساس الإدارة بمال الأفراد، حيث إنه إذا قامت الإدارة بالبناء في أرض الغير ( الأفراد)، فإنه لايمكن رد هذا الاعتداء تحت مفهوم الاعتداء المادي، وتكتسب هذه المشيدات حصانة قانونية، وذلك كله طالما كيفت على أنها من قبيل الأشغال العامة.

٥- تبنى المشرعان السوري و القطري مبدأ عدم المساس بشكل غير واضح، وذلك من خلال النص على عدم جواز التصرف به بأي شكل من الأشكال.

٦- توجد لدى المشرعين السوري و القطري إشكالية بالنسبة للاعتراف بملكية الأشخاص العامة، فلا القانون المدني السوري، و لا القانون المدني القطري، و لا القانون رقم ٨٧/١٠ النافذ في قطر قد اعترف بملكية الأشخاص العامة لأموالها العامة، بل يمكن القول أن كلا المشرعين قد تجنبا الإشارة إلى ذلك، في حين أن الاعتراف بحق الملكية للأشخاص العامة على مالها، هو المقدمة المنطقية قانوناً لإمكانية القول بتفريع حقوق عينية عن هذا الحق.

٧- لقد ترتبت نتائج هامة نتيجة للتطبيق الجامد لمبدأ عدم المساس، وقد تجلى ذلك فيما يلي:

أ- عدم جواز إنشاء حقوق عينية يمكن ان تثقل الأموال العامة بأي شكل كان.

ب- التوسع في فكرة المال العام ذاتها من قبل مجلس الدولة الفرنسي عن طريق ممارسات قضائية تمثلت في الاعداد الخاص للمال من أجل سير مرفق عام، والمال العام الافتراضي ونظرية المال العام الشامل، و نظرية الالتصاق ذات الجذور المدنية.

ج- الوقتية: بحيث لايوجد مركز قانوني نهائي على المال العام، وفي طليعة هذه المراكز تلك المتعلقة بالحقوق العينية.

٨- وإذا كان الأمر كذلك بالنسبة لاجتهاد مجلس الدولة الفرنسي، إلا أن الأمر استقر لدى المشرع الفرنسي في تقنين ملكية الأشخاص العامة الصادر سنة ٢٠٠٦، على أساس التقليص من تطبيق نظرية الالتصاق، مما قلص من نطاق المال العام، ومن ثم من نطاق تطبيق مبدأ عدم المساس وكذلك قلص المشرع الفرنسي في نفس التقنين من نطاق نظرية الإعداد الخاص للمال لمصلحة مرفق معين، والتي وسعت من المال العام إلى حد كبير، وذلك بالنص على مفهوم جديد حل محل المفهوم

المشار إليه، وهو مفهوم الإعداد الضروري للمال، وعلى هذا الأساس، لايكون المال عاماً، إلا إذا كان ضرورياً لسير المرفق، ولايكفي مجرد الاعداد الخاص، أما بالنسبة للوقتية كنتيجة لتطبيق مبدأ عدم المساس فقد تبناها المشرع الفرنسي صراحة في التقنين العام لملكية الأشخاص العامة. وقد أدت الوقتية بدورها إلى دخول أعمال إدارة المال العام في دائرة الأعمال الإدارية التي تحتاج إلى ممارسة امتيازات السلطة العامة.

٩- لقد حصل تطور تاريخي أثر على بنية القانون العام الفرنسي و مسلماته، حيث تم الانتقال من عدم المساس المطلق بالمال العام، إلى إمكانية المساس، وذلك كان نتيجة تضافر عدد من الأسباب، كان أبرزها الآراء الفقهية التي انتقدت جمود مبدأ عدم المساس، ومنذ أوائل القرن العشرين، حيث قال العلامة هوريو بوجود حقوق عينية إدارية يمكن أن تثقل المال العام، وتكمن خصوصيتها في توافقها مع مبدأ عدم المساس، و تخصيص الأموال لاستخدام العموم أو للمرافق العامة ، كما اقترح دوجي مبدأ تدرج حماية المال العام، و بحيث لا تكون حماية هذا المال على درجة واحدة، أما الفقه المعاصر فقد طرح آراء مختلفة منها ماهو معتدل، ومنها ماهو متطرف للتخلص من الوطأة الشديدة لمبدأ عدم المساس، ولعل أهم هذه الآراء هي التي تحدثت عن العقلنة الاقتصادية لإدارة الأموال العامة، أما أكثرها عمقاً، فتلك التي استمدت حجتها من تحليل المواقف القضائية لمجلس الدولة الفرنسي، وكيف أن مفهوم المصلحة العامة بحسبانه مفهوما مركزيا في النظام القانوني للمال العام قد تطور حتى أصبح له مضمون اقتصادي، يجيز للإدارة البحث عن ( المردودية الاقتصادية) في معرض إدارتها لأموالها العامة. أما السبب الأهم لهذه النقلة التاريخية فقد كان في تدخل المجلس الدستوري الفرنسي، وسماحه للمشرع بإمكانية إقرار حقوق عينية على الأموال العامة ضمن الحفاظ على المتطلبات الدستورية المتعلقة بحماية الوجود القانوني والدستوري للأموال العامة من جهة، وحماية مبدأ سير المرفق العام بانتظام واطراد من جهة أخرى، بحسبان أن هذا السير المنتظم لا يمكن تأمينه إلا بوجود المال العام، و لعل الحصاد الدستوري الثمين من هذا الموقف تمثل أولاً بإقرار المجلس الدستوري الفرنسي أن مبدأ عدم

المساس ليس ذا قيمة دستورية، ويمكن للمشرع أن يخالفه ضمن المتطلبات التي أشار إليها المجلس، وأن حق ملكية الأشخاص العامة يمكن تفريعه إلى حقوق عينية، ولايتطلب ذلك إلا تدخل المشرع على هدى المادة ٣٤ من الدستور الفرنسي.

١٠ – وبناء على ما تقدم من أسباب فقد تدخل المشرع الفرنسي، وأصدر القانون ٨٨ –١٣ تاريخ ١٩٨٨/١/١٥، والذي أقر الإجارة الحكرية على المال العام، وقد استقرت الأحكام التي أتى بها هذا القانون في صلب المادة ل.١٣١١ – ٢ من التقنين العام للجماعات المحلية. كما قام المشرع الفرنسي بإصدار القانون ٩٤ –٦٣١ تاريخ ١٩٩٤/٧/٢٥، والتي أقرت نمطاً من الحقوق العينية يتعلق بالمال العام، وقد استقرت أحكام هذا القانون حرفياً في المواد ل. ٢١٢٢ – ٢ من تقنين ملكية الأشخاص العامة الحالي.

١١– إن التصرفات القانونية التي يمكن أن تكون مصدراً للحق العيني حددها المشرع الفرنسي، وأطلق عليها تسمية أسناد الإشغال، وهذه الأخيرة على نوعين إما أن تكون عقدية، وإما أن تكون انفرادية، وإن الأثر القانوني المترتب على سند الإشغال هو الترخيص باشغال المال العام، وإمكانية ترتيب حق عيني على علاقة بهذا المال.

١٢–إن أسناد الإشغال في قطر إما أن تكون مرسوماً فردياً في حالة امتياز الانتفاع على المال العام ( المادة ٥ من القانون ١٠ لسنة ١٩٨٧، وإما أن يكون تعاقدياً ( المادة ٦ مكرر من القانون ١٠ لسنة ١٩٨٧).

١٣– لقد عد المشرع السوري عقود استثمار العقارات المملوكة للدولة والبلديات والمؤسسات العامة ( تراخيص) صادرة عن الجهات الإدارية و دون أدنى شك فإن ذلك ينطوي على خلط واضح بين العقد والقرار الفردي، حيث لايجوز أن يكون سند الإشغال عقداً و قراراص انفرادياً في نفس الوقت. لذلك فإن غموض هذا النص أدى من حيث النتيجة إلى صعوبة في تحديد ماهية سند الإشغال في القانون السوري.

١٤-إن وسيلة إشغال المال العام الهوائي في سورية هي العقد والقرار الإداري الانفرادي، في حين أنه في دولة قطر يتمثل في القرار الإداري الانفرادي فقط.

١٥- يتفرد المشرع القطري بحالة خاصة في سند إشغال المال العام، حيث يكون سند الإشغال نص القانون، وهذا ما نص عليه القانون ١ لسمة ٢٠١٣، والذي أعطى لشركة ( الريل) الحق بحفر الأنفاق اللازمة للمشروع تحت أملاك الدولة و الأملاك الخاصة، وهو ما يعد إشغالاً خاصاً للمال العام لأن الشركة المذكورة من أشخاص القانون الخاص.

١٦-تتمتع أسناد الإشغال وفقاً لما هو مستقر عليه في النظام القانوني الفرنسي خصوصاً بجملة من الخصائص، وهي التي تعطي هذه الأسناد ذاتية قانونية متميزة عن غيرها من التصرفات القانونية.

١٧ – تثير أسناد إشغال المال العام عددا من الاشكاليات الهامة، وأول هذه الإشكاليات مدى الحاجة إلى استناد الإشغال على سند يبرره في حالة الإشغال البسيط، تلك المشكلة التي حلها القضاء الإداري الفرنسي على أساس أن الإشغال البسيط الذي لايتجاوز حق الاستخدام الذي يتمتع به العموم لايعد إشغالاً خاصاً، و لايحتاج إلى سند إشغال، و ثاني هذه الإشكاليات تتتعلق بإشغال المال العام المنقول، حيث أقر الاجتهاد القضائي الفرنسي إمكانية إشغال المال العام المنقول، عن طريق الاستئثار به لبعض الوقت دون عن العموم، وهو لذلك يحتاج إلى سند إشغال ليكون مشروعاً، وأقر هذا القضاء في الوقت نفسه أن استخدام صورة المال العام لاتعد استخداماً خاصاً للمال العام.

## ثانياً – التوصيات:

**١- نقترح أن يتبنى المشرع السوري قانوناً شاملاً يتضمن رؤيا واضحة بالنسبة للمضمون التنموي و الاستثماري للمال العام، و على أن يحدد النظام القانوني لأسناد الإشغال، بشكل يتم التمايز معه ما بين سند الإشغال العقدي، و**

سند الإشغال الانفرادي، و التحديد الدقيق لمدى قابلية هذه الأسناد لإنشاء حقوق عينية على المال العام.

٢- نقترح أن يتم إلغاء القرار الانفرادي كسند لإشغال المال العام الهوائي في كل من قانوني الاتصالات القطري و السوري، و استبداله بالسند العقدي فقط، و هو ما يتجاوب مع الاتجاهات القانونية الحديثة في هذا المضمار، و لأن السند العقدي يؤمن استقراراً أكبر للعلاقة القانونية بين الشاغل لهذا المال و الإدارة. وهو ما يتجاوب بدوره مع ضرورات الاستثمار.

٣- نقترح أن يتبنى المشرع قانونا شاملاً لملكية الأشخاص العامة في كل من سورية وقطر، يتم بموجبه إقرار حق الملكية للأشخاص العامة على مالها العام، و إمكانية تفريع هذا الحق، إلى حقوق عينية أخرى على علاقة بالمال العام محل الإشغال. وذلك كله في سبيل التوفيق بين متطلبات حماية المال العام و تنميته واستثماره، وعلى غرار تقنين ملكية الأشخاص العامة في فرنسا. ولاسيما أن مبدأ عدم المساس بالمال العام ليس مبدأ دستورياً، على غرار ما هو موجود في فرنسا، ومن ثم فإن ذلك يمكن المشرع أن يتدخل ويقرر القواعد القانونية التي من شأنها أن توفق بين متطلبات الحماية وضرورات التنمية.

٤- اكتفى المشرعان السوري و القطري بتعريف المال العام بأنه المخصص للمنفعة العامة، إلا أن كلا المشرعين لم يبينا وجه التخصيص للمنفعة العامة، وهل هو ذلك المتعلق باستخدام العموم، أم أنه يتعلق بتخصيص المال لحسن سير المرافق العامة، وإن لتحديد ذلك أثره في إطار تحديد نطاق حماية المال العام موضوعيا، وهو ما فعله قبل ذلك المشرع و الاجتهاد القضائي الفرنسيان، لذلك نقترح أن يتبنى كل من المشرعين ماستقر عليه العمل في النظام القانوني الفرنسي بهذا الشأن.

٥- ولم يحدد كذلك المشرعان السوري و القطري فيما إذا كانت المنفعة العامة التي تخصص الأموال العامة لها، تتحقق في حال كانت الأموال معدة

إعداداً خاصاً للمرفق أم أنها يجب أن تكون ضرورية و لازمة لعمل هذا المرفق، وقد رأينا أنه إذا كانت هذه الأموال ضرورية فقط و ليست محل إعداد خاص، فإن ذلك يضيق من مجال المال العام، ومن نطاق الحماية، و يوسع من إمكانية استثمار الإدارة لأموالها، وقد اتجه المشرع الفرنسي أخيراً إلى الأخذ بمفهوم الإعداد الضروري للمال لمصلحة مرفق معين في تقنين ملكية الأشخاص العامة الحالي، وهو ما نقترح الأخذ به في سورية وقطر.

٦- نقترح الأخذ بما سار عليه المشرع الفرنسي بشأن فكرة الالتصاق، في قطر وسورية، وبحيث تكون هذه الفكرة مقتصرة على الالتصاق ما بين مال عام للإدارة ومال خاص لها، وبعيداً عن إمكانية التصاق مال فردي بمال عام، وضمن الضوابط الموضوعية التي أتى بها المشرع الفرنسي، وبحيث يكون هناك ارتباط فيزيائي ووظيفي مابين المالين، وذلك كله في سبيل عدم إهدار فكرة الحماية في حال تطلبت المصلحة العامة ذلك.

٧- لايوجد في كل من سورية وقطر تنظيم شامل لعقد تفويض المرافق العامة، حتى يمكن الحديث عن عقد التفويض كمصدر للحق العيني على المال العام، لذلك نقترح تنظيم عقود تفويض المرافق العامة ضمن تشريع واضح المعالم، ومكتمل الأركان، ولعل الأمر الجوهري الذي يجب أن يكون ضمن عناصر مثل هذا التشريع هو الاعتراف بعقد التفويض كسند لإشغال المال العام أولا، وكمصدر للحق العيني لمصلحة المفوض إليه ثانياً، وذلك كله لأن عقد التفويض هو من العقود التي تلجأ إليها الإدارة في سبيل إدارة المرافق العامة، والتي في كثير من الحالات يقع على عاتق المفوض إليه إنجاز البنى التي يحتاجها هذا المرفق تمهيداً لأدائه لخدماته، وإن ذلك يحتاج إلى تمويل عن طريق المؤسسات المصرفية، والتي دائماً تشترط ضمانات عينية لإتمام عمليات التمويل، وهو ما يعني ضرورة إجازة رهن الحق العيني المعترف به للمفوض إليه، وهذا الأمر لايكون إلا بالاعتراف بالحقوق العينية لمصلحة المفوض إليه أولاً.

## مراجع البحث

## Bibilographie

### أولاً- باللغة العربية:


١. أ.د.إبراهيم عبد العزيز شيحا، الأموال العامة، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٦.

٢. أ.د.سليمان الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٩١.

٣. أ.د.سليمان الطماوي، مباديء القانون الإداري، الكتاب الثالث، أموال الإدارة العامة و امتيازاتها، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧٩.

٤. أ.د.عبد الله طلبة وأ.د. محمد الحسين ود. مهند نوح، المدخل إلى القانون الإداري، منشورات جامعة دمشق، دمشق، ٢٠٠٥.

٥. أ.د.محمد عبد اللطيف، مبدأ الأمن القانوني، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، العدد ٣٦، أكتوبر ٢٠٠٤،ص٨٩.

٦. أ.د. محمد عبد اللطيف، القانون الاداري للأموال، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٤.

٧. أ.د.محمد يوسف الحسين، د.مهند نوح، القانون الإداري، عمال الإدارة العامة وتصرفاتها القانونية، منشورات جامعة دمشق، دمشق، ٢٠١٢.

٨. د.مهند نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٣، الطبعة الثانية.

٩. د. مهند نوح، القاضي الإداري والأمر القضائي، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية و القانونية، ، العدد ٢٠ لسنة ٢٠٠٤، ص٢٠٩.

**ثانياً- باللغة الفرنسية:**

١. Auby.J.M, Contribution à l'etude du domaine privé de l'administration, E.D.C.E, ١٩٥٨,n°١٢.P ٣٥.

٢. Bernard.S, La recherche de la rentabilité des activité publiques et le droit administratif, L.G.D.J, Paris , ٢٠٠١, P٢٢٤.

٣. Bettio.N, La circulation des biens entre personnes publiques, L.G.D.J, Paris, ٢٠١١, p٥٠.

٤. Bezzina.A, Ch, Marcel Waline et la théorie du domaine public : les prémonitions des notes d'arrêts ; RFDA ٢٠١٤ p. ١٥١

٥. Bieusses.P, La spécificité de l'affermage, A.J.D.A, ١٩٩٦, P٦٠٨.

٦. Boiteau.C, Les conventions de délégation de service public, Le Moniteur, Paris, ٢٠٠٧.

٧. Boulet – Sautel.M, De Chopin à Proudhon : Naissance de la notion moderne de domaine public, Droit, n°٢٢, ١٩٩٥ , P٩١ .

٨. Bourrachot.F, La liberté des personnes publiques de disposer de leurs biens , R.F.D.A, ٢٠٠٣ , P١١١٠.

٩. Braconnier. S, Les BEA et AOT constitutives de droits réels, La Semaine Juridique. A.C.T, n° ٥١-٥٢, ١٩ Décembre ٢٠١١, P.٢٣٩٥

١٠. Brisson. J.F, L'adaptation des contrats administratifs aux besoins d'investissement immobilier sur le domaine public, Les aspects domaniaux des contrats de partenariat, AJDA ٢٠٠٥ p. ٥٩٦.

١١. Brouant.J.Ph, Domaine public et libertés publiques instrument garantie ou atteinte? Petites Affiches ; ١٥/٧/١٩٩٤ ; n°٨٤, pp٢١ et ٢٢.

١٢. Caillose.J, Le droit administratif contre performance publique, A.J.D.A, ١٩٩٩, P١٩٥.

١٣. Charmard-Heim,.C, Les conventions d'occupation du domaine public local, La Semaine juridique.A.C.T, ٢٠١٣, P٢١٨١.

١٤. Clémence.M.C, La théorie des biens de retour : enjeux juridiques et fiscaux, A.J.C.T, ٢٠١٤, P٤٤٥.

١٥. Codfrin.PH, Droit administratif des biens , A.Colin, Paris, ٦ed, P١٢٥.

١٦. David.B.B, Droit administratif des biens, Paris, Aualino, ٧ed,p٥٣.

١٧. Defix.S, Le domaine public virtuel, sans déclassement formel, demeure éternel, A.J.C.T, ٢٠١٣ p. ٣٤٧.

١٨. De Montecler.M.Ch, Illicité d'une clause contratractuelle méconnaissant le principe d'inaliénabilité du domaine public, A.J.D.A, ٢٠١١, P٩٢٥.

١٩. De Montecler.M.Ch, Une autorisation d'occupation est précaire même si elle ne le dit pas, A.J.D.A, ٢٠٠٩, p٢٣١.

٢٠. Delvolvé.P, Les dispositions relatives aux droits sur le domaine des personnes publiques : incohérece, R.D.I, ٢٠١٠, P٥٨٥.

٢١. Delvolvé.P, Le bail réel immobilier administratif, RDI, ٢٠١٣, p. ٤٠٥.

٢٢. Dénoyer.J.F, L'exploitation du domaine public, L.G.D.J, Paris, ١٩٦٩, P١٠٤.

٢٣. Derboulle.Ph.L, Les redevance dominiales depuis l'adaptation du code général de la propriété des personnes publiques, une obscure clarté, R.F.D.A, ٢٠١٣, P١١٤٩.

٢٤. Didriche.O, Le conseil d'Etat clarifie les règles applicables aux biens des DSP et des concessions des travaux, A.J.D.A, ٢٠١٣, P٩.

٢٥. Douence.M, L'inaliénabilité du domaine public, De la nécessité de revoir la règle de l'indisponibilité des dépendances domaniales entre personnes publiques AJDA ٢٠٠٦ p. ٢٣٨.

٢٦. Duguit.L, Traité de droit constitutionnelle, Editions Cujas, Paris, ٣ ed, T٣,P٣٥٣ et.s.

٢٧. Dyens.S, Le BEA est-il devenu le droit commun de valorisation dominal ? A.J.C.T, ٢٠١٣,P٨٠.

٢٨. Eveillard,Gm L'application dans le temps des nouveaux critéres de définition du domaine public, Dr.Adm.٢٠١٠, etude ٢١.

٢٩. Fatome.E – Terneyre.PH, Commentaire de décret n°٩٥-٠٩٥ du ٦-٥-١٩٩٥, relatif à la constitution de droit réels sur le domaine public, A.J.D.A, ١٩٩٥,p٩١٣.

٣٠. Fatome.E, a propos de l'incorporation domaine public, A.J.D.A, ٢٠٠٦, P٢٩٢.

٣١. Fatôme.E, A propos des bases constitutionnelles du droit du domaine public, AJDA ٢٠٠٣ p. ١١٩٣.

٣٢. Fatome.E, Commentaire de décret n°٩٥-٠٩٥ du ٦-٥-١٩٩٥, relatif à la constitution de droit réels sur le domaine public, A.J.D.A, ١٩٩٥, p٩١٣.

٣٣. Fatôme.E, Le statut des biens des délégations de service public, Après l'arrêt Commune de Douai, AJDA ٢٠١٣ p. ٧٢٤.

٣٤. Fournier.A, Jacquot.H, Un nouveau statut pour les occupants du domaine public, AJDA ١٩٩٤ p. ٧٧٤.

٣٥. Gaudemet .Y, Les droits réels sur le domaine public, AJDA ٢٠٠٦ p. ١٠٩٤

٣٦. Gaudemet.Y, Droit administratif des biens, T٢, L.G.D.J, Paris, ٢٠٠٢, p٧٨.

٣٧. Gaudemet.Y, L'avenir des propriétés publiques, Dalloz, Paris, PUF, ed du juris classeur, ١٩٩٩, P٥٦٧.

٣٨. Gaudemet.Y, Superposition de la propriété privée et du domaine public, ١٩٧٨, chron, p٢٩٦.

٣٩. Gondouin.G, Contrôle de constitutionnalité de la loi du ٢٥ juillet ١٩٩٤ complétant le code du domaine de l'Etat et relative à la constitution de droits réels sur le domaine public, AJDA ١٩٩٤ p.٧٨٦.

٤٠. Gros.M, L'affectation, critère central de la dominalité publique, R.D.P, ١٩٩٢, P٤٨.

٤١. Hauriou.M, Précis de droit administratif, Siery, Paris, ١٩٣٣, P٧٩٥ et P٨٦٢.

٤٢. Ho Si Fat, Comment distinguer de service public, et la convention d'occupation dominal ? A.J.D.A, ٢٠٠٤, P٢٢٧٤.

٤٣. Hubrecht.H, Faut-il définir le domaine public et comment ? Méthode énumérative et méthode conceptuelle, AJDA ٢٠٠٥ p. ٥٩٨.

٤٤. Juen,Ph, La compatibilité du principe d'inaliénabilité avec la constitution de droits réels, RDI ٢٠٠٠ p. ١٢١.

٤٥. Laget-Annamayer.A, Occupation du domaine public et intérêt général, D'un pouvoir de gestion étendu des autorités domaniales à une liberté d'action encadrée, AJDA ٢٠٠٣ p. ١٢٠١.

٤٦. Laubadère.A – Gaudemet.Y, Traité de droit administratif, L.G.D.J, Paris, T٢, ١٩٩٨, p١٢٦.

٤٧. -Lavialle. Ch . La constitution de droits réels sur le domaine public de l'Etat. R.F.D.A, ١٩٩٤, P١١٠٧.

٤٨. Lavialle.CH, Le Domaine public une catégorie juridique menacée? A propos de L'arrêt de conseil d'Etat, Assemblée,٢٣-١٠-١٩٩٨, Electricité de France, R.I.D.A, ١٩٩٩,pp ٥٨٣et ٥٨٤.

٤٩. Lavialle,Ch, Voie de fait et domaine public, RFDA ٢٠٠٠ p. ١٠٤٢.

٥٠. Leyte.G, Domaine et dominalité publique dans Le France médiévale c XLLE –XVE siècles, Thèse, ParisII, ١٩٩٣, p٤٠٧.

٥١. Long.M–Weil.P–Braiban.G –Delvolvé.P–Genvois.B, Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, Dalloz, Paris, ١٩٩٩, ١٢ed,

٥٢. Melleray.F, L'utilisation privative du domaine public, quelques difficultés illustrées par jurisprudence récent, A.J.D.A, ٢٠١٣, p٩٩٥.

٥٣. Memouoff.C, Domaine public et entreprise privé, La dominalité publique mise en péril par le marché, th, Perpigon, ١٩٩٦, P ٩١.

٥٤. Mollin.G, Vers l'érosion de la théorie des biens de retours. A.J.D.A, ٢٠١١, P٣٦٣.

٥٥. Moysan.H, Le droit de propriété des personnes publiques, L.G.D.J, Paris, ٢٠٠١

٥٦. Pauliat.H, Droit réel et propriété publique : Une conciliation délicate, D, ١٩٩٥, p.٩٧.

٥٧. Pelloux.R, Le problème du domaine public, évolution et solutions, D, ١٩٣١, p٢٩٩.

٥٨. Piaui.C, Valorisation des propriétés publiques, J.C.P, adm.n°٤٣-٢٣-١٠-٢٠٠٦, P١٣٧٩.

٥٩. Querrien.M, La Nouvelle gestion du domaine public immobilier de l'Etat , R.F.A.P,n°٧٦.oct-déc-١٩٩٥, P٦٧٦.

٦٠. Rapone.D, La patrimonialité des actes administratifs en matière de communications électroniques, R.F.D.A, ٢٠٠٩, P٣٩.

٦١. René Chapus, Droit administratif général, ١٢e éd., Montchrestien, t. ٢, Paris, ١٩٩٨, n° ٥٠٢, p. ٤٠٧.

٦٢. Rézenthel.R, Vers meilleur protection contre la précarité de l'occupation du domaine public, A.J.D.A, ٢٠٠١, P١٠٢٥.et.s.

٦٣. Richer.L, Droit des contrats administratifs, L.G.D.J, Paris, ٢٠٠٤،٤ed, P٥٧٣. Richer.L, Droit des contrats administratifs, L.G.D.J, Paris, ٢٠١٠, p٥٦٩.

٦٤. Rigaud.L, La théorie des droits réels administratifs, Toulouse, Recueil Sirey, ١٩١٤, P٣١٠ et.S.

٦٥. Rozet.CH, L'aménagement indispensable, un critère discutable de réduction du domaine public, AJDA ٢٠٠٧ p. ٥٧١.

٦٦. Tsiklitiras.S, La protection des libertés publiques par le juge judiciaire, L.G.D.J, Paris, ١٩٩١.

٦٧. Trotobas.L, De l'utilisation du domaine public par les particulier, Essai de classification juridique, thèse, Paris, ١٩٢٤.

٦٨. Van Long. Gondouin.G .Inserguet – Brisset.V, Dictionnaire de droit administratif, A.Colin,Paris, ٢٠٠٥,p ٢٧.

٦٩. Yolka.Ph, Un Etat sans domaine ? AJDA ٢٠٠٣ p. ١٠١٧, P١٠١٧.

٧٠. Yolka.PH, Faut–il réellement abandonner la domanialité publique virtuelle ? La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales n° ٨, ٢٢ Février ٢٠١٠, ٢٠٧٣.

٧١. Zenati.F, Construction sur le terrain d'autrui, R.T.D.C, ١٩٩٤ , p٨٨٩.